Lehrbuch

des

Preußischen Privatrechts

und der

Privatrechtsnormen des Reichs

von

Dr. Heinrich Dernburg,
Geheimem Justizrath, Professor an der Universität Berlin,
Mitglied des Herrenhauses.

Erster Band.

Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs.

~~Zweite Hälfte.~~

Fünfte, neu bearbeitete Auflage.

Halle a. S.,
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1893 – 1894.

Lehrbuch

des

Preußischen Privatrechts

und der

Privatrechtsnormen des Reichs

von

Dr. Heinrich Dernburg,
Geheimem Justizrath, Professor an der Universität Berlin,
Mitglied des Herrenhauses.

Erster Band.

Fünfte, neu bearbeitete Auflage.

Halle a. S.,
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1894.

Die
Allgemeinen Lehren
und
das Sachenrecht
des
Privatrechts Preußens und des Reichs

von

Dr. Heinrich Dernburg.

Fünfte, neu bearbeitete Auflage.

Halle a. S.,
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1894.

Vorwort zur fünften Auflage.

Die Fertigstellung der fünften Auflage dieses Bandes hat sich zu meinem Bedauern sehr verzögert. Dagegen ist eine tiefgreifende Neubearbeitung desselben erfolgt. Zu größtem Danke bin ich Herrn Amtsgerichtsrath Hempel in Dortmund für die Unterstützung hierbei verpflichtet. Mit rührender Treue und unermüdlicher Sorgfalt hat derselbe die Durchsicht des Bandes vorgenommen und sich die Vervollständigung der einschlagenden Litteratur und Urtheile angelegen sein lassen. Das Register hat Herr Kammergerichtsreferendar Schwahn in Berlin mit großem Fleiß neu bearbeitet. Ich darf hiernach das Buch als wesentlich verbessert bezeichnen.

Seit dem Geburtstage des Landrechtes sind hundert Jahre verflossen. Die Tage gehen langsam, die Jahre fliegen. Es ist auch etwa ein Vierteljahrhundert, seit ich gesetzgeberisch, wissenschaftlich und mündlich lehrend an der Weiterentwickelung dieses Rechtes mitgearbeitet habe. Dasselbe vor Verknöcherung zu bewahren und in seinem Geiste fortzubilden war mein Bestreben. Ganz spurlos ist meine Einwirkung, wie ich hoffen darf, nicht gewesen, wenn auch die Richtung, welche ich verfolgte, nicht Jedem genehm war.

Berlin, 5. Februar 1894.

Heinrich Dernburg.

Vorwort
zur ersten Abtheilung der ersten Auflage.

Wer den Beruf hat, auf einer preußischen Landesuniversität die Pandekten zu lehren, kann sich einer eingehenden Beschäftigung mit dem preußischen Rechte und mit dessen fortschreitender Entwicklung kaum entschlagen. Denn wie sehr auch das römische Recht mit Fug um seiner selbst willen das wissenschaftliche Interesse in Anspruch nimmt, so darf doch der Vortrag der Pandekten auch die Rücksicht auf die künftige praktische Thätigkeit der Zuhörer nicht aus den Augen verlieren. Der Zweck einer Vorbereitung auf das Landesrecht wird vielmehr, ohne sich in die erste Linie zu drängen oder hervorzutreten, gleichwohl bereits die Auswahl und die Gruppirung des gemeinrechtlichen Stoffes mitzubestimmen haben. Um aber das also Angebahnte weiter fortzuführen, ist mir seit längerer Zeit eine besondere Vorlesung über das preußische Recht zweckmäßig erschienen, welche, indem sie die Eigenthümlichkeiten beider Rechte hervorhebt und gegenüberstellt, gereifteren Studirenden die Brücke schlagen sollte von dem gemeinen zu dem inländischen Rechte. Eine solche Gegenüberstellung zweier verwandter und doch wesentlich verschiedener Rechte stärkt die juristische Auffassungskraft des Studirenden, welcher bereits eine elementare Kenntniß des gemeinen Rechtes gewonnen hat. Weit entfernt, ihn zu verwirren, verleiht sie seiner Kenntniß des gemeinen Rechtes eine größere Bestimmtheit, Klarheit, und damit höhere Sicherheit. Das preusische Recht selbst aber erscheint von diesem Standpunkte aus nicht mehr, wie dies so oft der Fall ist, vorzugsweise als ein Konglomerat von Gesetzesparagraphen und Präjudicien, deren Aneignung man der

Empirie oder der Beihülfe von routinirten, die Gedächtnißkraft anspornenden Repetenten überläßt, sondern als würdiger und wichtiger Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntniß.

Was sich mir so in einem engeren Kreise von Zuhörern zu erproben schien, soll dieses Lehrbuch in ausgeführter Gestalt der studirenden Jugend unseres Vaterlandes insgesammt zugänglich machen. Der Zweck des Buches ist aber keineswegs, den akademischen Vortrag über das Landesrecht da zu ersetzen, wo derselbe der studirenden Jugend in nützlicher Weise offen steht: auch nicht, einen Leitfaden zu bilden, welcher in ausführenden Vorlesungen kommentirt und erläutert wird. Das Werk soll vielmehr dem Studirenden zur Vorbereitung, zur Rekapitulirung und Ergänzung eines daneben laufenden, selbständigen, aber kürzeren Vortrages dienen, etwa in der Weise, wie dies die Bestimmung der Pandektenlehrbücher von Vangerow und Windscheid ist. Nach diesem Plane wird dies Buch auch den in die Praxis übergetretenen jüngeren preußischen Juristen, wie den außer dem Gebiete des Landrechtes wirkenden deutschen Juristen eine zweckmäßige Anleitung zum Studium unseres Landrechtes geben. Der gereifte preußische Praktiker wird vielleicht finden, daß die besondere Anlage dieses Buches zur Behandlung nicht weniger Materien führte, die in der bisherigen privatrechtlichen Litteratur Preußens übergegangen oder doch nur lückenhaft besprochen sind, und es mag ihm auch die Erörterung der einzelnen Streitfragen, denen vorzugsweise die Anmerkungen gewidmet sind, hie und da einen Wink geben, der ihm von Nutzen ist.

Es ist mir eine liebe Pflicht, an diesem Orte den Dank für die treue Sorgfalt meines Freundes, des Kreisgerichtsraths Hinrichs, auszusprechen, welcher mir bei Durchsicht der Korrekturbogen zahlreiche Bemerkungen zu Teil werden ließ, die dem Werke nach Inhalt und Form zu Gute gekommen sind.

Für die besondere Anstrengung einer Arbeit, welche sich Aufgaben stellte, die in dieser Art von der Wissenschaft noch nicht in Angriff genommen sind, erhoffe ich als Lohn, daß dieselbe bei unseren jüngeren preußischen Juristen die Liebe zu unserem vaterländischen Recht und den Eifer für dessen Studium erhöht. Das Schicksal, daß Fremdes bei uns übermäßig geschätzt, das tüchtige Eigene gering geachtet wird, hat das preußische Landesrecht lange genug zur Ungebühr getheilt. Es ist Zeit, daß wir uns den Werth des Unseren zum Bewußtsein bringen. Das preußische Recht ist in Folge einer nunmehr fast hundertjährigen angestrengten Thätigkeit auf der Basis des größten Territorial-

staates Deutschlands zu der bedeutendsten civilistischen Schöpfung des deutschen Volksgeistes herangewachsen und, wie es für die Gegenwart von Wichtigkeit ist, so liegen auch in ihm die nothwendigen Ausgangspunkte der künftigen Entwickelung des deutschen Rechtes.

Halle a. S., im November 1870.

Dem Vorwort zur ersten Abtheilung füge ich nach dem Abschluß des ersten Bandes Weniges hinzu.

Vor Allem ein Wort der Entschuldigung. Länger als billig hat sich die Vollendung des vorliegenden Bandes hingezogen. Die Berufung in eine neue Lebensstellung hat mich genöthigt, andere Aufgaben zunächst in Angriff zu nehmen. Nachdem gleichwohl der Druck abgeschlossen war, verursachte das Register unverschuldeten Aufenthalt. Dies Register ist von dem Referendar Körte in Berlin fleißig und korrekt gearbeitet und erhöht ohne Zweifel die Brauchbarkeit des Werkes um Vieles. Die Verzögerung der Herausgabe erklärt, daß die neuesten Erscheinungen der Litteratur nicht berücksichtigt sind. Zu Nachträgen bezüglich ihrer mochte ich mich nicht entschließen. Ich beschränkte mich auf das Nothwendige, die Anführung der seit Beginn des Druckes erschienenen abändernden und ergänzenden Gesetze.

Die Frage liegt nahe, ob gegenüber dem Projekt eines deutschen Civilgesetzes die Fortsetzung dieses Werkes beabsichtigt wird. Ich stehe nicht an, bejahend zu antworten. Die Verfertigung eines bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland ist ein großer, jeder Anstrengung würdiger Gedanke. Aber zweifelhaft ist, ob seine Verwirklichung auf den ersten Wurf, wie er nunmehr gewagt ist, gelingen wird. Denn bei einem Gegenstande, welcher den socialen Zustand der Nation auf das Tiefste berührt, kann es sich nicht um eine bloß formelle Erledigung handeln. Inzwischen mag es uns vergönnt sein, an der Darstellung des derzeitigen preußischen Rechtes fortzuarbeiten. Gelingt uns hier ein Fortschritt, so ist er auch für die Entwicklung des Gesammtrechtes Deutschlands nicht ohne Nutzen.

Berlin, im Juli 1874.

Vorrede zur vierten Auflage.

Die vierte Auflage dieses Bandes gab aufs Neue erwünschte Gelegenheit, an denselben die bessernde Hand zu legen. Der allgemeine Theil ist erweitert und theilweise umgestaltet. Das Sachenrecht mußte in vielen Lehren auf Grund des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883 eine Umarbeitung erfahren. Dieses Gesetz greift sehr tief in das System des Immobiliarsachenrechts ein.

Die Litteratur und Rechtsprechung wurde durchweg berücksichtigt, soweit es dem Plane dieses Werkes entspricht. Insbesondere habe ich die Bearbeitung des Buches von Förster durch Eccius überall sorgfältig beachtet und eingehend gewürdigt. In dieser Hinsicht möchte ich Mißverständnissen entgegentreten. Eccius hat seiner Kritik meiner Ansichten von Anfang an einen klaren und ungeschminkten Ausdruck gegeben und das, was ihm an demselben mißfiel, entschieden bekämpft. Ich bin weit davon entfernt, dies zu mißdeuten oder zu verübeln. Aber mit gleichem Rechte durfte auch ich offen bezeichnen, was mir an seiner Darstellung verfehlt, in seiner Richtung für die Entwickelung der preußischen Jurisprudenz unerwünscht erschien. Von diesem Rechte habe ich in der dritten Auflage des Bandes, bei welcher mir die Bearbeitung des allgemeinen Theiles durch Eccius theilweise vorlag, ausgiebigen Gebrauch gemacht und dies nunmehr, nachdem auch die dinglichen Rechte von Eccius behandelt sind, in der neuen Auflage nicht weniger bestimmt gethan. Die Verschiedenheit der Methode in der Behandlung des Privatrechtes mußte zu zahlreichen Kontroversen führen. Aber fast überflüssig erscheint es mir, daneben auszusprechen, daß ich dem Buche von Eccius viele Anregungen verdanke, daß es mich belehrt und gefördert hat, und daß ich es für eine bedeutende wissenschaftliche Leistung halte.

Bei der Neubearbeitung dieses Bandes mußte ich häufig auf die allgemeinen grundlegenden Fragen zurückgehen; doch für deren volle Entwickelung und Begründung war hier kein Raum. Sie konnte nur in einer Darstellung der Pandekten geschehen, von denen ich die ersten Bogen fast gleichzeitig mit dieser neuen Auflage vorlege. Die Pandekten bilden gleichsam eine Einleitung zu diesem Werke.

Der Druck des Bandes begann bereits vor Jahresfrist. Daher ist das Gesetz vom 30. Juli 1883 über die allgemeine Landesverwaltung erst von Seite 284 ab berücksichtigt. Bis dahin sind an einschlägigen Stellen noch die älteren Verwaltungsgesetze citirt.

Das Register erfuhr, wie ich dankend hervorhebe, eine vollständige Umarbeitung durch Assessor Niemeyer, welcher mir treu beim Drucke des Werkes zur Seite stand.

Berlin, 1. April 1884.

Inhaltsverzeichniß.

IV. Besitz der Rechte.

Zweites Kapitel. Die Verjährung.

I. Allgemeine Grundsätze.

II. Die erlöschende Verjährung.

III. Erwerbende Verjährung.

IV. Die ungewöhnliche Verjährung. Das Normaljahr.

Zweites Buch. Die dinglichen Rechte.

Erster Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

I. Uebersicht der dinglichen Rechte.

II. Gemeinsames bezüglich Entstehung und Endigung der Sachenrechte.

III. Die Grundbuchverfassung.

Dritter Abschnitt. Das Bergwerkseigenthum.

Vierter Abschnitt. Die dinglichen Nutzungsrechte.

Erster Titel. Einleitung. Gemeinsames der dinglichen Rechte an Sachen.

Zweiter Titel. Der Nießbrauch.

Dritter Titel. Andere subjektiv persönliche Nutzungsrechte. Miethe und Pacht.

Vierter Titel. Die Grundgerechtigkeiten.

Fünfter Titel. Die Reallasten.

Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel. Hypotheken- und Grundschuldrecht.

I. Wesen der Hypothek und der Grundschuld.

II. Begründung der Hypothek und der Grundschuld.

III. Abtretung der Hypothek und der Grundschuld.

IV. Gegenstand. Inhalt des Rechtes.

V. Rangordnung.

VI. Beendigung der Hypotheken und Grundschulden.

VII. Rechtswirkungen der Hypothek und der Grundschuld.

Zweites Kapitel. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

I. Das Vertragspfandrecht.

II. Das Zurückbehaltungsrecht und die sich anlehnenden Pfandrechte. Die Pfändung.

Sechster Abschnitt. Lehnrecht, Familienfideikommiß, Vorkaufsrecht.

I. Das Lehnrecht.

II. Das Familienfideikommiß.

III. Das dingliche Vorkaufsrecht.

Anhang.

Abkürzungen.

Von den Gesetzen ist das allgemeine Landrecht mit „L. R.", die allgemeine Gerichtsordnung mit „A. G. O.", das deutsche Handelsgesetzbuch mit „H. G. B.", die Wechselordnung mit „D. W. O.", die Vormundschaftsordnung vom 6. Juli 1875 mit „V. O.", die Civilprozeßordnung des Reiches mit „R. C. P. O.", die Konkursordnung des Reiches mit „R. K. O." citirt. „R. G." bezeichnet die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Soweit nichts Anderes angegeben ist, verstehen sich bei den Citaten die neuesten Auflagen. Die bekannteren Lehr- und Handbücher sind bloß mit den Namen der Verfasser bezeichnet. Es gehören hierher Carl Georg von Wächter Handbuch des in Würtemberg geltenden Privatrechtes, Stuttgart 1842—1851; J. Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 1, 2 und 6, 1856, 1859, 1864; Glück Erläuterung der Pandekten; Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. Erster Band 1839; Friedrich Carl v. Savigny System des heutigen römischen Rechts 1840 bis 1849; von Vangerow Lehrbuch der Pandekten 7. Aufl. 1863 ff.; Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 3. Aufl. besorgt von Kunze 1863, Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts 7. Aufl. 1893 ff.; Beseler System des deutschen Privatrechts 3. Aufl. 1873; v. Gerber System 13. Aufl. 1878; Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1 in 3. Aufl. 1893; Roth deutsches Privatrecht Bd. 1 und 2, 1880 ff.; Bornemann systematische Darstellung des preußischen Civilrechts 2. Aufl. 1842—1845; Heydemann Einleitung in das System des preußischen Civilrechts, 1859 u. ff.; endlich Eccius Preußisches Privatrecht auf Grundlage des Werks von Franz Förster, 6. Aufl. 1892.

Einleitung.

I. Vorgeschichte des allgemeinen Landrechts.

§1. Die Zeit bis zum achtzehnten Jahrhundert.[1])

Der Dynastie der Hohenzollern war die große Aufgabe zugefallen, aus ihren zerstreuten, im Laufe der Zeiten durch Verträge und Erbschaft gewonnenen Landschaften den preußischen Staat zu bilden, welcher der Mittelpunkt eines neugegründeten deutschen Reiches werden sollte. Diese Mission haben die preußischen Herrscher mit beispielloser Energie erfüllt. Sie schufen sich als wirksames Werkzeug für dieselbe eine einheitlich organisirte, geschickte und arbeitsfreudige, vom Geist der Treue gegen Fürst und Vaterland beseelte Beamtenschaft. Einheitliche Normen des öffentlichen und privaten Rechts sollten deren Thätigkeit die Richtschnur geben und das Wachsthum und Gedeihen der Bevölkerung fördern.

Ursprünglich bestanden in den Landschaften und Gebieten, welche die Hohenzollern beherrschten, durchweg besondere Rechte, überwiegend auf Gewohnheiten beruhend, die Eigenthümlichkeit wie die Willkühr jedes kleinsten Rechtskreises wiederspiegelnd, wenn auch größtentheils der gemeinsamen Quelle des sächsischen und des lübischen Rechtes entsprungen. Ungelehrte Gerichte verwalteten das Recht; bei der Verwilderung und Zuchtlosigkeit, welche zur Zeit des späteren Mittelalters in der Mark Brandenburg mehr wie anderswo um sich gegriffen hatte, mit wenig Erfolg und Nachdruck. Die Gerichtsbarkeit der Kirche, welcher die früheren hohenzollernschen Kurfürsten, ihnen zur Seite ihr staatskluger Kanzler Friedrich Sesselmann Raum gaben, gereichte unter solchen Zuständen dem Lande zum Segen.

Vom sechszehnten Jahrhundert an drängte die landesherrliche Gerichtsbarkeit in der Mark jede andere zurück. Hand in Hand hiermit vollendete sich

1) Zum folgenden vergleiche vorzugsweise A. Stölzel Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 2 Bde. 1888, sowie dessen Fünfzehn Vorträge aus der Brandenburgisch-Preußischen Rechts- und Staatsgeschichte, 1889.

die Reception des gemeinen Rechtes.[2] Sie geschah im Interesse der Rechtseinheit und zur Erleichterung der Rechtsprechung durch den gemeinsamen Gerichtshof, das kurfürstliche Kammergericht zu Berlin.[3] Schon die Kammergerichtsordnung, welche Kurfürst Joachim I. im Jahre 1516 den Landesbischöfen von Lebus und Brandenburg zur Begutachtung vorlegte,[4] setzte daher fest, indem sie die Mängel der bisherigen vielfältigen Rechtsordnung beklagt, daß beim Kammergericht nach kaiserlichem, also nach gemeinem Rechte gesprochen werde. Die Konstitution vom Jahre 1527 (s. g. constitutio Joachimica), welche die Intestaterbfolge in der Mark auf Grund gemeinrechtlicher Prinzipien ordnet, schärfte in gleichem Sinne ein, daß in gemeinen Erbfällen wie auch in allen anderen vor dem Kammergericht verhandelten Sachen nach Kaiserrecht gesprochen werde.[5] Auch die Landstände der Mark sagten sich förmlich, indem sie der Rechtsprechung nach gemeinem Recht zustimmten, vom Brauch und der Gewohnheit früheren Rechts und Gerichts los,[6] was sich vor allem dadurch erklärt, daß die Gutsherrn in der romanistischen Doktrin wirksame Handhaben zu gesteigerter Unterwerfung der bäuerlichen Bevölkerung fanden. Erst längere Erfahrung lehrte, daß das gemeine Recht nicht geeignet war, das einheimische partikulare Recht ganz zu ersetzen. Nunmehr kam es zu Versuchen, das heimische Recht der Mark aufzuzeichnen und zu sanktioniren. Sie knüpfen sich an die Namen der bedeutenden brandenburgischen Staatsmänner Lampert und Christian Diestelmeier.[7] Doch ihre Entwürfe konnten die Zustimmung der Stände nicht gewinnen. Sie wurden nicht Gesetz.[8]

§ 2. Naturrechtliche Schule.

Das sechszehnte Jahrhundert hatte den Fortschritt, welcher in der Aneignung des römischen Rechts lag, lebhaft empfunden und mit Energie durch-

2) Vgl. Laspeyres, Die Reception des römischen Rechts in der Mark Brandenburg bei Reyscher und Wilda Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 6 S. 1 ff.

3) Holtze, Geschichte des Kammergerichts 1890 ff., bis jetzt 2 Bde.

4) Ob diese Kammergerichtsordnung publicirt wurde, ist seit langem streitig. Dagegen erklärt sich Stölzel, Rechtsverwaltung a. a. O. Bd. 1 S. 136, dafür Holtze a. a. O. Bd. 1 S. 167, gegen ihn Stölzel in den Forschungen zur Brandenburg-Preußischen Geschichte Bd. 4 S. 133.

5) Vgl. Heydemann, Die Elemente der Joachimischen Constitution 1841, Stölzel Rechtsverwaltung Bd. 1 S. 137; vgl. unten Bd. 3 § 92.

6) Mylius c. const. March. — vgl. unten S. 3 Anm. 1 — Thl. VI, Abth. 1 S. 28: „Landtagsreceß wegen Justitiensachen u. s. f. von 1534."

7) Ueber die beiden Diestelmeier vgl. Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung Bd. 1 S. 189. Schon Lampert Diestelmeier erhielt etwa 1572 den Auftrag, eine Landes-Constitution herzustellen und nahm hierzu die Hülfe seines Sohnes Christian in Anspruch. Dieser hat dann einen Entwurf 1594 zu Stande gebracht, welcher bei Mylius Bd. 2 Abth. 3 n. II S. 19 ff. S. 55 ff. abgedruckt ist.

8) Das Landrecht des Herzogthums Preußen wurde zuerst im Jahre 1620 redigirt, dann 1685 und 1721 revidirt. Vgl. Bobrik u. Jacobson: Zeitschrift Bd. 1 S. 18.

geführt; in den folgenden Jahrhunderten traten die Schattenseiten, welche die Aufnahme eines nicht nationalen Gesammtrechts nach sich zog, ins Bewußtsein. Je eingehender man sich mit dem römischen Rechte beschäftigte, je ernster man dasselbe auch in seinen Einzelheiten zu verwirklichen suchte, desto deutlicher wurde es, daß das erhoffte „gewisse Recht" nicht gewonnen war. Die Kontroversen — vielfach nichts anderes als die Anzweiflung römischer Sätze durch die deutsche Rechtsanschauung — wuchsen unter den Händen, immer schwieriger wurde es, die Grenzen der Herrschaft des römischen gegenüber dem einheimischen Rechte zu ziehen, immer mehr entfremdete sich das Recht dem gemeinen Verständniß, zum Theil auch dem modernen praktischen Bedürfniß. Die zahlreichen Edikte der Landesherren vermehrten die Schwierigkeit der Rechtsanwendung.[1] Rabulistische Advokaten, partheiische Richter fanden hierbei ihre Rechnung, zum Schaden der Bevölkerung und zur Verwirrung des Rechtsgefühls.

Unter solchen Eindrücken erhob sich seit dem Ende des siebenzehnten Jahrhunderts die laute Opposition der naturrechtlichen Schule; für Preußen von um so größerem Gewicht, als sie auf der Landesuniversität Halle ihren Hauptsitz hatte.[2] Nicht gegen den Inhalt des gemeinen Rechtes wendete man sich zunächst, achtete man doch das römische Recht als wesentlich identisch mit dem gesuchten Naturrechte. Die erwachende Kritik richtete sich vielmehr gegen die hervorstechenden äußeren und formalen Mängel des Rechtszustandes, vor Allem gegen das Fehlen systematischer Einheit der in verschiedenen Quellen zerstreuten Rechtsbestimmungen, welche die grundsätzliche Erfassung und Weiterbildung wie die Uebersichtlichkeit erschwerte, dann gegen die Menge der Streitfragen, endlich gegen die fremde Sprache der Gesetze, durch welche dem Laien die Kenntniß von Recht und Unrecht verschlossen schien. Die gerechten Klagen des Publikums über Verschleppung der Prozesse gaben der wissenschaftlichen Bewegung einen volksthümlichen Hintergrund. Anfänglich glaubte man gegen die Krankheit des Rechts in der Wissenschaft ausreichende Heilmittel zu finden, indem man von der neuen naturrechtlichen Lehre und der durch sie erstrebten wissenschaftlich systematischen Verarbeitung des Rechtes die Besserung

1) Die landesherrlichen Verordnungen sind in folgenden Werken gesammelt:
1. Chr. Otto Mylius: corpus constitutionum Marchicarum von Zeiten Friedrichs I. Kurfürsten zu Brandenburg (von 1455) ad annum 1736. VI Th. Berlin u. Halle, eine systematisch geordnete Privatsammlung (citirt als C. C. M.).
2. 4 continuationes und 1 Supplementband zur I., II. und III. Continuation: Verordnungen von 1737—1750 mit Repertorium über die 6 Theile und über die Continuation (citirt als contin.).
3. novum corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium 12 Theile in chronologischer Folge vom Jahre 1751—1806 (auch neue oder akademische Ediktensammlung genannt). Dazu 2 Repertorien bis 1775 und 1803 (citirt als N. C. C.).

2) Vgl. Dernburg: Thomasius und die Stiftung der Universität Halle, 1865.

erwartete. Doch bald erschien es wirksamer und sicherer, durch die äußere Autorität einer dem Naturrecht entsprechenden allgemeinen Gesetzgebung Abhülfe zu treffen. So erwuchs aus der systematischen Tendenz des Naturrechts der Gedanke systematischer Kodifikation.[3] Zu einer solchen schien der preußische Staat besonders berufen. Die steigende Loslösung der Landesgerichtsbarkeit vom Reiche, — durch die privilegia de non appellando — hatte das Gefühl der Verantwortlichkeit für die Verwaltung des Rechts innerhalb des eigenen Landes geschärft, zugleich aber auch den Spielraum für gesetzgeberische Neuerungen erweitert.[4]

§ 3. Reformbestrebungen Friedrich Wilhelms I.

Die kräftige Persönlichkeit Friedrich Wilhelms I. vor Allen suchte die Gedanken der naturrechtlichen Schule in Verwaltung und Gesetzgebung zu verwirklichen und im Interesse seines Staates zu verwerthen. Sofort nach seinem Regierungsantritt — 1713 — verkündete er als seinen Willen „daß die Justiz in allen seinen Landen unpartheiisch, schleunig mit reinen Händen, ohne alle ungebührlichen Passionen und Nebenabsichten Jedermann, Armen und Reichen, Hohen und Niedrigen gleich administrirt werde, insbesondere daß die Processe möglichst binnen Jahresfrist beendet sein sollten." Für diese Pläne fand der König in dem gelehrten und geschäftsgewandten Samuel von Cocceji einen eifrigen Diener.

Schon 1714 erließ Friedrich Wilhelm I. an die Juristenfakultät Halle, insbesondere an deren Ordinarius Christian Thomasius, den Auftrag, Konstitutionen abzufassen, welche auch dem gemeinen Mann leichtlich verständlich seien, den weitläufigen Prozessen abhelfen und das „alte römische Recht" nur insoweit beibehalten sollten, als es sich für den Zustand dieser Lande schicke.[1] Folge wurde dieser Ordre nicht gegeben. Dagegen arbeitete Cocceji 1721 in des Königs Auftrag das Landrecht des Herzogthums Preußen mit größter Schnelligkeit um und wußte an der Spitze der dortigen Justiz die Prozesse so zu beschleunigen, daß sie zu des Königs Befriedigung in einem Jahre durch alle Instanzen zu Ende gebracht wurden. Darauf in die Centralregierung berufen, konnte freilich Cocceji die „landverderblichen Uebel" der Kostspieligkeit und

3) Ueber die analogen Bestrebungen in Oesterreich siehe Pfaff und Hofmann, Kommentar zum österr. b. G. B. 1877 Bd. I, S. 6.

4) Die churfürstlichen Lande im engeren Sinne besaßen das privilegium de non appellando schon durch die goldene Bulle. Mittels Privilegium vom 16. December 1702 wurde dasselbe vom Kaiser Leopold auf alle brandenburgischen Reichslande für Streitsachen unter 2500 Goldgulden ausgedehnt, C. C. M. II, 4 S. 1—6, unterm 31. Mai 1746 in Folge des Dresdner Friedens zu einem unbegrenzten erhoben. Hymmen Beiträge Bd. 2 S. 252, 270 ff., 277.

1) Siehe Stölzel a. a. O. Bd. 2 S. 39 ff.

Verzögerung der Prozesse in der gesammten Monarchie keineswegs in gleichem Maße bändigen und mußte es erleben, daß er vom König unter die Aufsicht einer Kommission von drei Mitgliedern gestellt wurde, unter denen zwei Feldmarschälle waren, die nach ihren eignen Bekenntnissen keine „teinture“ von dergleichen Justizsachen hatten.

Immerhin wurde Cocceji 1737 zum Chef der Justiz ernannt, 1738 erhielt er die Anweisung, dafür zu sorgen, „daß ein beständiges und ewiges Landrecht verfertigt, das konfuse und theils auf unsere Lande nicht gut dienende jus Romanum abgeschafft und die unzählige Menge von Edikten gedachtem Landrecht einverleibt werde.“ [2]

Bereits vorher war der König eifrig bemüht gewesen, die Justizverwaltung durch zahlreiche, auf einzelne Materien bezügliche Edikte zu verbessern, um eine größere Rechtsgemeinschaft in seinen Landen anzubahnen. Nachhaltige Wirkung hatte insbesondere die Hypotheken- und Konkursordnung von 1722.[3]

§ 4. Thronbesteigung Friedrichs des Großen. Projekt des corpus juris Fridericiani.

Die Thronbesteigung Friedrichs des Großen im Jahre 1740 gab Bestrebungen einen neuen Impuls, welche der Sinnesweise dieses Monarchen so sehr gemäß waren.[1]

Am wichtigsten und dringlichsten erschien die Reform des gerichtlichen Verfahrens. Seit dem Ende des dreißigjährigen Krieges hatte sich der deutschen gebildeten Stände jene falsche, träge Gründlichkeit bemächtigt, unter deren Schutz die Form nur zu häufig das Wesen der Sache erstickte. Sie machte sich wie in der Behandlung der öffentlichen Angelegenheiten, so auch im Gerichtsverfahren geltend. Denn die Schwerfälligkeit des gemeinen Prozesses wußte nur unter unverhältnißmäßigem Zeitaufwand das Ziel, die Verwirklichung des Rechtes, zu erreichen. Jetzt trat in Preußen gegen den schleppenden Gang der Rechtshülfe in Folge des Antriebes des an militärische Raschheit gewöhnten Königs eine extreme Reaktion ein. Schleunigste Abmachung des Prozeßgeschäftes galt als höchstes zu erstrebendes Gut. Nach der Prozeßordnung, welche zunächst nur für Pommern 1747 und dann im folgenden Jahre unter dem Titel: Projekt des Codicis Fridericiani Marchici,

---

2) Reskript vom 26. Febr. 1738 § 11: contin. I. d. C. C. M. p. 131, desgl. vom 1. März dess. Jahres § 9: contin. I. p. 138.

3) Auch eine Wechselordnung wurde 1722 gegeben.

1) Trendelenburg: Friedrich der Große und sein Großkanzler von Cocceji, Berlin 1863 in den Abhandlungen der Akademie.

als allgemein geltende Norm erlassen wurde, sollten alle Prozesse ohne Unterschied binnen Jahresfrist seit der Klagebeantwortung durch sämmtliche Instanzen hindurch zu Ende geführt werden.[2] Es ist uns amtlich bezeugt, daß dieses Ziel — für eine kurze Zeit — unter der steten Anspornung der obersten Gewalt und bei einseitiger Berücksichtigung des Gesichtspunktes rascher Erledigung erreicht wurde.

Der scheinbare Erfolg ermunterte zur Inangriffnahme der schwierigeren Reform des materiellen Rechts. Schon 1749 traten die ersten Theile einer Kodifikation desselben unter dem Titel: „Projekt des Corpus juris Fridericiani" in die Oeffentlichkeit;[3] nicht wie frühere Landrechte mit dem Zweck, das gemeine Recht bloß zu ergänzen, sondern dasselbe in sich aufzunehmen und an dessen Stelle zu treten. Die äußere Verbrämung des Werkes ist im Geist und Geschmack der naturrechtlichen Schule, den Inhalt bildet römisches Recht, wie es zur Zeit aufgefaßt wurde. Mehr Lehrbuch als Gesetzbuch, mehr beschreibend als befehlend, Motiv und Gesetzesbestimmung durcheinander mischend, scheint das Werk eher den Beifall des litterarischen Publikums erringen, als den Gehorsam der Unterthanen erzwingen zu wollen. Zweierlei vor Allem weiß der Gesetzgeber von sich zu rühmen, einmal den Gebrauch der deutschen Sprache, welche er gleichwohl buntscheckig mit Fremdwörtern durchwirkt hat, dann die systematische Gliederung, mittels deren er das Recht in eine natürliche Ordnung und in ein richtiges System gebracht habe. Die Bevorzugung römischen Rechtsstoffes wird auf dessen Uebereinstimmung mit dem Naturrecht gegründet. Das Bestreben, welches damals zuerst bei einer jüngeren Schule hervortrat, den Abweichungen des einheimischen Rechts vom römischen größeren Raum zu gönnen, verwirft der Gesetzgeber im Prinzip als willkürlich und die Ungewißheit des Rechts mehrend.[4] Nur widerwillig und beschränkt giebt er zu, daß die einzelnen Städte und Provinzen Bestimmungen ihres Partikularrechts sich er-

---

2) Am 31. December 1746 war — nach Erlangung des unbeschränkten privilegium de non appellando — eine Konstitution für Pommern ergangen, nach welcher binnen 8 Monaten 2400 Prozesse abgethan wurden. Darauf folgte am 6. Juli 1747 das Projekt des Cod. Fridericiani Pomeranici, an welches sich dann das zur allgemeinen Prozeßordnung bestimmte Projekt des Codicis Fridericiani Marchici vom 3. April 1748 an-Vgl. Hymmen Beitr. Bd. 2 S. 277 ff., Eccius Bd. 1 § 1.

3) Der erste Theil vom Jahre 1749 behandelt das Personenrecht in 3 Büchern, der zweite vom Jahre 1751 die dinglichen Rechte in 8 Büchern. Der dritte Theil — Obligationenrecht und Kriminalrecht — wurde nicht publicirt. Gesetzeskraft erhielt das Werk nur theilweise und in einigen Provinzen. Vgl. die Justizreform in den Jahren 1746 bis 1748 in v. Kamptz Jahrb. Bd. 59 S. 67 ff.

4) Es ging dies so weit, daß unter Anderem die Beendigung der väterlichen Gewalt durch separata oeconomia des Sohnes und durch Heirath der Tochter — unten Bd. 3 § 48 — wenigstens principiell verneint ward. Corp. jur. Frid. I, 1. 9. § 28. 29. Selbständiger war das Gesetzbuch im Erbrecht, unten Bd. 3 § 92.

halten könnten, wenn sie dieselben zur landesherrlichen Bestätigung innerhalb einer kurzen hierfür gesteckten Frist einsendeten.[5]

Doch an dem Widerstande, welchen das einheimische partikulare Recht dem romanisirenden allgemeinen Gesetze entgegenstellte, scheiterte der Versuch. Der baldige Tod seines Urhebers Cocceji,[6] der ausbrechende siebenjährige Krieg ließen ohnehin das Interesse für denselben zurücktreten. Das Gesetz blieb unvollendet.

II. Das Allgemeine Landrecht.

§ 5. Die Redaktion des allgemeinen Landrechts.[1]

Das Fehlschlagen des ersten Versuches benahm den Muth zur Kodifikation nicht. Als der große König den Kampf um die Existenz des Staates siegreich beendet und die Wunden geheilt hatte, welche durch den verwüstenden Krieg dem Lande geschlagen waren, begann er das Unternehmen auf das neue, welches er in seiner Jugend abbrechen mußte.

Die Erschütterung, welche sich an den Prozeß des Müllers Arnold knüpfte,[2] der Sturz des Großkanzlers — d. h. des Justizministers für die Gesammtmonarchie — Fürst, führte Männer an die Spitze der Justizverwaltung, welche sich längst mit umfassenden gesetzgeberischen Plänen trugen. Der geistvolle von Carmer, bisher Justizminister für die Provinz Schlesien, hatte sich dort in Organisation und Gesetzgebung hervorgethan; jetzt wurde er als Großkanzler nach Berlin berufen. Ihm folgte sein bewährter Rath Carl Gottlieb Suarez, von Anfang bis zu Ende neben dem Großkanzler die Seele der Kodifikation.[3]

In der Kabinetsordre vom 14. April 1780 wurde das von Carmer entworfene Programm der Reform vom Könige sanctionirt. Sorgsame Ausbildung und Auswahl der Justizbeamten, eine neue Prozeßordnung behufs

---

5) Ueber die nachfolgenden, seit 1753 hervortretenden Kodifikationsbestrebungen Maria Theresia's in Oesterreich vgl. Unger österr. Pr. R. Bd. 1 S. 5. Pfaff und Hofmann Kommentar S. 8 ff. — Gleichzeitig begann auch die bayerische Kodifikation, welche im codex Maximilianus bavaricus 1750—1768 ihren Abschluß fand, übrigens die Subsidiarität des gemeinen Rechts bestehen ließ.

6) Samuel von Cocceji, geb. 1679, starb am 4. November 1755. Vgl. über denselben Trendelenburg a. a. O. S. 4 ff.

1) Vgl. Simon über die Redaktion der preußischen Gesetze in Mathis Monatsschrift Bd. 11 S. 190 ff.

2) Ueber diesen Prozeß siehe Dickel Beiträge zum preußischen Recht Heft 1 1891.

3) Suarez ist geboren zu Schweidnitz 27. Februar 1746, gestorben 14. Mai 1798. Ein ausführliches und belehrendes Lebensbild giebt Adolf Stölzel: Carl Gottlieb Suarez 1883.

Ermittelung der Wahrheit, Kodifikation der Provinzialgesetze und die Ausarbeitung eines subsidiären allgemeinen Gesetzbuchs in deutscher Sprache auf Grund des römischen Rechtes, aber in Uebereinstimmung mit dem Naturrechte, waren die Ziele, welche die Kabinetsordre in Aussicht nahm.[4]

Für die Prozeßordnung lag ein früher von Carmer empfohlener Entwurf vor. Ihn arbeitete Suarez in rascher Frist um, so daß er bereits 1781 als corpus Juris Fridericianum: Erstes Buch von der Prozeßordnung erscheinen konnte. An die Stelle der Verhandlungsmethode des gemeinen Prozesses trat die Untersuchung durch den Richter. Die persönliche Vernehmung der Partheien, die Abschaffung der Advokatur und deren Ersetzung durch richterliche festbesoldete Assistenzräthe wurde Gesetz. Insbesondere beseitigte die Prozeßordnung das rechtskräftige Beweisinterlocut, welches die Berücksichtigung von Umständen, die erst in der Beweisinstanz hervortraten, zum schweren Nachtheil wahrer Gerechtigkeit im gemeinen Prozesse ausschloß. In der Berufungsinstanz ließ sie neue Vorbringen schlechthin zu, die Instanzen stellte sie auf zwei, höchstens drei fest. Hierin lagen dauernde Fortschritte, welche nicht mehr zurückgethan werden konnten, wenn man auch die Einrichtung festbesoldeter Assistenzräthe nicht festzuhalten vermochte,[5] und die Untersuchungsmethode im Laufe unseres Jahrhunderts aufgab.

Der Prozeßordnung schloß sich die von Suarez meisterhaft redigirte Hypothekenordnung vom 20. December 1783, sowie eine Depositalordnung an.

Hülfskräfte für die Kodifikation des materiellen Rechtes suchte man in Schlesien. Ein Dr. jur. Volkmar sollte dort zweckgemäße Auszüge aus dem corpus juris Justinians machen, er verschwand jedoch bald; auch der ihm vorgeordnete Paschaly war wenig brauchbar. Desto wirksamer war Klein, welcher den ersten Entwurf des Gesetzbuchs verfertigte. Von Berliner Juristen wurde Baumgarten zugezogen, an dessen Stelle bald Goßler trat, ferner Kircheisen, Grolmann und Beyme. Eine Kommission für die Ausarbeitung der Gesetzgebung ward nicht gebildet; die ständige „Gesetzkommission" hatte nur die schon vollendeten Entwürfe zu begutachten.[6] Der Entwurf für das allgemeine Gesetzbuch entstand so, daß Suarez in Gegenwart von Klein dem Großkanzler Vortrag hielt und nach dessen Beschlüssen die Paragraphen formulirte.

---

4) Die Kabinetsordre vom 14. April 1780 N. C. C. 1935—44 ist auch dem corpus juris Fridericianum vorgedruckt.

5) Weißler, Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Großen. Königshütte 1891. Vgl. auch unten § 10 Anm. 7.

6) Unten § 13 Anm. 8.

Von 1784 an wurde dieser Entwurf in 6 Bänden veröffentlicht; Friedrich der Große freilich sollte die Vollendung nicht erleben, bei seinem Tode waren erst drei Bände vollendet, welche das Personenrecht enthielten.

Der Entwurf wurde nicht bloß der Begutachtung des Inlandes, sondern auch des Auslandes, nicht bloß Juristen, sondern auch Philosophen unterbreitet. Friedrich Wilhelm II. ließ ihn auch den Ständen zur Begutachtung vorlegen, ein Zeichen veränderter Regierungsmaxime. Die Theilnahme an dem großen legislativen Unternehmen, dem ersten seiner Art, welches der Staat des großen Friedrich zu verwirklichen bestrebt war, blieb nicht hinter den Erwartungen zurück. Es war gewissermaßen der Gemeinverstand des achtzehnten Jahrhunderts mitarbeitend thätig. Was so von allen Seiten herbeigebracht war, suchte dann Suarez durch Vortrag beim Großkanzler in der „revisio monitorum" kritisch zu verwerthen und fruchtbar zu machen. Am 20. März 1791 konnte das „allgemeine Gesetzbuch für die preußischen Staaten" verkündet, und sein Inkrafttreten auf den 1. Juni 1792 bestimmt werden.

§ 6. Umwandlung des A. Gesetzbuches in das A. Landrecht.[1]

Der Abschluß des Gesetzbuchs fiel in eine Epoche, in welcher Europa durch die französische Revolution in gewaltige Bewegung und tiefgehenden Zwiespalt versetzt wurde. Auch in Preußen schieden sich die Geister, wenn auch von Volksaufständen keine Rede sein konnte. Den Anhängern der Aufklärung traten Vertheidiger des Hergebrachten, den Verfechtern der Unabhängigkeit der Gerichte Vertreter des fürstlichen Rechts nach eigenem Ermessen in die Rechtspflege einzugreifen, den Freunden einer neuen Gesetzgebung deren Feinde entgegen.

Auf Grund eines Immediatberichtes des Justizministers Schlesiens von Dankelmann, welcher ausführte, daß sich das Publikum noch nicht gehörig mit dem Gesetzbuch vertraut gemacht habe, wurde durch königliche Ordre vom 18. April 1792 dessen Inkrafttreten „suspendirt" und zwar ohne Angabe eines Endes der Suspension, also wie es schien für immer.[2] Um den für die Suspension angegebenen Grund zu entkräften, schrieb Suarez den seinerzeit weitberühmten „Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der preußischen Staaten". Wichtiger wurde, daß die durch die zweite Theilung Polens gewonnene Provinz Südpreußen ein übersichtliches Gesetzbuch wünschenswerth machte. In Folge dessen kam es zur königlichen Ordre vom 17. November 1793, welche alle politisch bedenklichen und anstößigen Bestimmungen aus dem Ge-

---

1) Vgl. namentlich Stölzel Suarez S. 320 ff.

2) Immediatbericht des schlesischen Justizministers v. Dankelmann vom 9. April und Kabinetsordre vom 18. April 1792 in v. Kamptz Jahrb. Bd. 52 S. 139 ff.

setzbuche zu entfernen befahl. Dahin gehörte die Freigebung der Ehe zur linken Hand für alle Personen von Adel oder vom Rang eines Rathes mit niederen Personen, das Erbrecht der Armenanstalten gegenüber den Hagestolzen, der Satz daß durch „Machtsprüche" Niemand in seinem Rechte gekränkt werden dürfe. Es erfolgte eine Schlußrevision, welche die Neuerungen des Gesetzbuchs gegenüber dem bisherigen Zustand beseitigen sollte. Die Berichterstattung fiel Suarez anheim,[3] sie führte zur endgültigen Feststellung des Werkes im Staatsrath und zu dessen Sanktion durch den König. Durch Patent vom 5. Februar 1794 wurde dasselbe als „Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten" vom 1. Juni 1794 ab in Kraft gesetzt.[4] [5]

Diese Umänderung des Titels hatte Dankelmann vorgeschlagen. Damit sollte ausgesprochen werden, daß es sich nicht um ein neues Gesetz für die Unterthanen handele, sondern um eine wissenschaftliche Darstellung des bisherigen Rechtes, nach welcher der Richter dasselbe anzuwenden habe.

§ 7. Würdigung des Landrechts.

Warmes Gefühl für das Menschenwohl durchdringt das Landrecht. Nicht bloß durch vorsorgliche Gesetze will es die Unterthanen fördern, auch wohlmeinenden Rath spendet es. Es ist nicht bloß Gesetzbuch, sondern auch Lehrbuch und enthält zahlreiche doktrinelle Begriffsbestimmungen.

Die Sprache ist rein und edel. Einfach, klar und eingehend sind die Gedanken ausgeprägt.

Das Gesetz strebt nach möglichster Vollständigkeit. Damit mußte freilich der Umfang anschwellen. Schon der große König fand „es ist aber gar zu dicke."

---

3) Ueber die Schlußrevision vgl. Suarez amtliche Vorträge, v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 1 ff.; vgl. auch über die Abänderungen Siewert's Materialien Heft 1 S. 143 ff.

4) Ueber die Ausgaben vgl. v. Strampff in seiner und Simons Zeitschrift Bd. 1 S. 214 ff. Das allgemeine Gesetzbuch erschien zweimal, 1791 und 1792, zuerst bei Decker, dann bei Pauli, beidemal in lateinischem und deutschem Druck. (Letztere Ausgabe bei Pauli, deren Existenz meist für apokryph erklärt ward, liegt mir vor.) Die ersten Ausgaben des Landrechts von 1794 sind nur Exemplare des „Gesetzbuchs" mit verändertem Titel und Cartons. Seit 1804 erschienen die amtlichen Ausgaben bei Nauck. Das A. L. R. ist herausgegeben von Schering 3. Ausg. 1876 ff. 2 Bände Text unter Heraushebung der aufgehobenen Paragraphen durch lateinische Schrift und Sammlung der bezüglichen späteren Gesetze bis 1880 in 4 Bänden Nachträgen. In einem Bande ist das Landrecht zusammengefaßt von Grotefend 1879, mit Weglassung der durch das deutsche Handelsgesetzbuch und die deutsche Wechselordnung antiquirten Titel. Die mit Kommentaren versehenen Ausgaben siehe unten § 14 Anm. 1 Buchst. b. Es existirt eine lateinische (1800), französische (1803), polnische (1833) Uebersetzung des Landrechts.

5) Citirt wird das allgemeine Landrecht gewöhnlich als A. L. R. — wir setzen nur L. R. — so daß dann Theil I oder II, der Titel, endlich der Paragraph folgt.

Lebendige praktische Anschauung der Lebensverhältnisse spricht sich überall aus. Reiche geschichtliche Kenntniß stand den Verfassern kaum zu Gebote, wohl aber was für den Gesetzgeber wichtiger ist, juristische Gestaltungskraft.

Das Landrecht enthält nicht bloß Privatrecht; es hat zugleich das öffentliche Recht Preußens in seinen Grundlagen geordnet.

Das Verdienst seiner privatrechtlichen Bestimmungen besteht vor allem darin, daß es zum ersten Male deutsche und römische Rechtsordnungen, wie sie in der heimischen Praxis nebeneinander bestanden, zu einem organischen Ganzen verschmolz. Zahlreiche Sätze des deutschen Rechtes wurden hierdurch erhalten und gegen Vergewaltigung durch einseitige, romanistische Doktrinen, welche sich seit dem Anfange des neunzehnten Jahrhunderts im gemeinen Rechte zur Geltung zu bringen suchten, gerettet.

Im öffentlichen Rechte steht das Landrecht auf dem Boden des historisch Gewordenen, ohne sich den Anforderungen einer neuen Zeit, wie sie sich seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts immer lauter äußerten, ganz zu verschließen. Wohl ist die Entwickelung des öffentlichen Rechtes Preußens bald über das Landrecht hinausgegangen, dennoch ist dasselbe in vielen Beziehungen die Grundlage des Rechtes des Staates geblieben.

Nach den Kundgebungen des Gesetzgebers waren Herstellung eines sicheren und zweifelsfreien Rechtszustandes, Beseitigung von Kontroversen, Gemeinverständlichkeit der Fassung, also, daß auch der Laie die Gesetze verstehen und sich nach ihnen richten könne, Simplifikation der Rechtsnormen und Ausscheidung veralteter Bestimmungen, ferner Billigkeit der Gesetzesvorschriften und Verminderung der Prozesse, durch dies Alles endlich Beförderung des Wohls der bürgerlichen Gesellschaft und des Nationalreichthums die Ideale, welche dem Gesetzgeber vorschwebten.

So wohlgemeinte Absichten sollten sich, wie eine nahezu hundertjährige Erfahrung darthut, nur bedingt verwirklichen, sie erstrebten zum Theil Unerreichbares. Die Beseitigung der *Kontroversen* konnte nicht gelingen, da sich die Tragweite neuer Gesetze, ihr Verhältniß zum alten Recht, endlich ihre gegenseitige Beziehung erst unter Zweifel und Streit feststellen kann, so daß sich die Kontroversen an eine neue Kodifikation mit unausweichlicher Nothwendigkeit heften. *Gemeinverständlichkeit* der Gesetzgebung, so wichtig das Ziel ist, läßt sich immerhin nur in beschränkter Weise erreichen, weil die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes stets nur im Zusammenhange des Ganzen volles Verständniß finden können. Die gewünschte *Vereinfachung* des Rechts kam mit der *kasuistischen Breite* des Gesetzes in Konflikt, die erstrebte Vollständigkeit des Details konnte sich den Fragen gegenüber, die das Leben täglich aufwirft und neu gestaltet, nicht bewähren. Vollends die Maß-

regeln zur Verminderung der Prozesse, insbesondere die Vorschriften über Schriftlichkeit und Gerichtlichkeit der Rechtsgeschäfte verfehlten ihren Zweck zum großen Theil, da sie das Leben nicht in ihre Bahn zu zwingen wußten und neuen Streitigkeiten über die Frage der Einhaltung der Form den Weg eröffneten. Indem es endlich die Privaten zum Gegenstand der Staatsfürsorge und vielfacher Bevormundung machte, hemmte es die Entfaltung individueller Selbständigkeit und trat in Widerspruch mit den Anforderungen des Verkehrs, welcher freieste Bewegung verlangte. Erfüllten sich also die auf den nächsten Nutzen gerichteten Erwartungen nicht, so ist doch die Bedeutung der landrechtlichen Gesetzgebung um deswillen keine geringe. Es befreite sich hier der deutsche Geist von zahlreichen Rechtsnormen, welche, mit den fremden Rechten aufgenommen, ihm dennoch fremd und gegensätzlich geblieben waren, und es brach sich vielen Orts eine aus dem eigenen Sinn des deutschen Volks entspringende und den modernen Bedürfnissen entsprechende neue Rechtsbildung Bahn. Nicht als ob die Verfasser des Landrechts durchaus Neues erfunden hätten. Aber es bestehen in der Litteratur des älteren gemeinen Rechts unter dem Wust der Kontroversen zwei sich entgegenstehende Strömungen. Die eine, mehr gelehrte hält sich vorzugsweise an die Quellenbestimmungen, die andere, mehr populäre entnimmt naiver Weise aus den fremden Rechten — oft gegen deren entschiedenen Sinn — nur was den heimischen Anschauungen entspricht. Die Verfasser des Landrechts, dem Leben näher stehend als der Schule, folgen nun durchweg der zweiten Gruppe von Meinungen, indem sie dieselben als die der Vernunft und dem Naturrecht entsprechenden ansahen. So läßt sich fast jede Veränderung, die sie trafen, aus früheren Rechtsansichten herleiten und belegen, und doch entstand auf solche Weise ein neues volksthümlicheres Ganze.

§ 8. System des Landrechts.[1]

Der Mangel systematischer Ordnung der gesetzlichen Bestimmungen war einer der Hauptvorwürfe gewesen, welche die naturrechtliche Schule gegen das gemeine Recht geltend gemacht hatte. Eine Abhülfe in dieser Beziehung erschien daher bei Bearbeitung eines neuen Gesetzes Bedingung des Erfolgs. Immerhin nahm Suarez an, die äußere Ordnung des Gesetzbuchs brauche nicht wie bei einem Lehrbuch einer streng philosophischen Methode zu entsprechen, es genüge, wenn sie ungezwungen und leicht übersehbar sei.[2]

Der allgemeinste Gedanke des Werks ist folgender. Der Einzelne steht zur Welt in einer doppelten Beziehung. Er tritt ihr gegenüber einmal als Individuum, dann aber auch als Glied socialer und politischer Genossenschaften.

1) Suarez: Inhalt der preußischen Landesgesetze in Siewerts Materialien Heft 1 S. 3 ff. Heydemann Einl. Bd. 1 S. 35 ff. 2) Stölzel Suarez S. 223.

Nach beiden Seiten hin unterliegt seine Stellung rechtlicher Bestimmung. Hiernach gliedert sich das System des Landrechts in zwei Haupttheile.[3] Der erste Theil, dem eine kurze Einleitung in das Ganze vorhergeht, ordnet die Rechte des Individuums als solchen im Sachenrecht, der zweite Theil, solchergestalt vom Einfachen zum Komplicirten fortschreitend, behandelt das Familien- und Socialrecht. So ist der Gesichtspunkt, von welchem das Gesetzeswerk ausgeht, zwar in dem Sinne privatrechtlich, daß der Einzelne zum Mittelpunkt der gesammten Darstellung gemacht wird, aber es greift nichtsdestoweniger über die Grenzen des Privatrechts weit hinaus und zieht einen großen Theil des öffentlichen Rechts in seinen Kreis.

1. Im ersten Theile, dem Sachenrechte, lassen sich drei Gruppen unterscheiden. Die erste Gruppe, aus den sieben an der Spitze stehenden Titeln bestehend, bildet in Verbindung mit der Einleitung des Gesetzes einen allgemeinen Theil. Es wird in dieser Einleitung von den Rechtsquellen und den allgemeinsten Rechtsgrundsätzen gehandelt, dann im ersten Titel von Personen, im zweiten von Sachen, seit dem dritten Titel von den juristischen Thatsachen, insbesondere von Willenserklärungen, Verträgen und unerlaubten Handlungen, endlich im siebenten Titel vom Besitz gesprochen. Die folgenden Titel behandeln, als zweite Gruppe dieses Theils, den vorzüglichsten Gegenstand desselben, das Eigenthumsrecht. Unter Eigenthum wird alles Vermögensrecht verstanden, also nicht nur Rechte an körperlichen Sachen, sondern auch Vermögensgerechtsame anderer Art. Nachdem nun zunächst im achten Titel vom Eigenthum überhaupt und dessen gesetzlichen Einschränkungen gehandelt ist, wendet sich das Gesetz vom neunten Titel an zu der Lehre vom Erwerb des Eigenthums. Die Gruppirung dieser Lehre ist abhängig gemacht von der Eintheilung der Erwerbsarten in unmittelbare und mittelbare. Unmittelbar ist der Erwerb, welcher sich ohne Mitwirkung eines früheren Eigenthümers vollzieht, mittelbar ist der von der mitwirkenden Thätigkeit des bisherigen Eigenthümers abhängige Erwerb. Unter den zuvörderst — im neunten Titel — erörterten unmittelbaren Erwerbsarten finden sich nicht nur Okkupation und Verjährung, sondern auch die Lehre vom Erwerb des Nachlasses eines Verstorbenen aufgeführt, während die Gründe der Berufung zur Erb-

3) Ursprünglich hatte man die Absicht, das Schema der Institutionen Justinians zu Grunde zu legen, des einzigen aus der Antike überkommenen Systems des Civilrechts: omne jus, quo utimur, ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones § 12 J. de jure nat. 1, 2. Hiernach wollte man zunächst vom Personen-, dann vom Sachenrecht, endlich von gemeinsamen Lehren, insbesondere Kontrakten und Testamenten handeln. Die letztere Rubrik zog man indessen als im Grunde zum Sachenrecht gehörig zu diesem. Zuletzt aber stellte man das Sachenrecht, als die einfacheren Lehren enthaltend, dem Personenrecht vor, während der gedruckte Entwurf von 1784 noch das Personenrecht vorausgeschickt hatte. Vgl. Simon über die Redaktion a. a. O. S. 205 ff.

schaft erst in späteren Titeln zur Behandlung kommen. Als mittelbare Erwerbsart sodann behandelt der zehnte Titel insbesondere die Tradition in Verbindung mit der Eintragung im Hypothekenbuch. Anschließend stellt der eilfte Titel die Forderungsrechte als Titel des Eigenthumsüberganges dar, so daß hier unter Anderem Kauf, Darlehen, Schenkung, aber auch Cession Platz finden. Ferner erhalten unter den mittelbaren Erwerbsarten im zwölften Titel Testamente und Erbverträge ihre Stelle. Es reiht sich im dreizehnten Titel der Erwerb durch Andere, insbesondere der Vollmachtsvertrag an. Der Lehre des Erwerbs folgt im vierzehnten Titel die Aufzählung der Mittel zur Erhaltung des Eigenthums, wobei — bezeichnend für die Außerachtlassung der juristischen Verwandtschaft — Depositum, Verwaltung fremder Güter, Kaution und Bürgschaften, Pfändungen und Protestationen in bunter Mischung nach einem äußerlichen Kriterium vereinigt werden. Der fünfzehnte Titel behandelt die Vindikation, der sechszehnte den Untergang des Eigenthums und zugleich die Endigungsgründe der Forderungen. Von hier aus beginnt die dritte Gruppe dieses Theils, welche Rechtsverhältnisse behandelt, bei welchen Rechte Mehrerer an einem und demselben Gegenstand bestehen. Insbesondere stellt der siebzehnte Titel zunächst Miteigenthum und Gesellschaft dar, der achtzehnte behandelt das sogenannte getheilte Eigenthum, nämlich die Verhältnisse der Lehen und Erbzinsgüter, der neunzehnte bespricht die Rechte auf fremdes Eigenthum im Allgemeinen und es folgt dann im zwanzigsten die Darstellung des Pfandrechts, des Zurückhaltungsrechts und des Vorkaufsrechts, im einundzwanzigsten des Nießbrauchs, der Leihe, der Miethe und der Pacht, dann im zweiundzwanzigsten Titel die Lehre der Grundgerechtigkeiten, endlich im dreiundzwanzigsten Titel der Zwangs- und Bannrechte.

2. An der Spitze des zweiten Theils, des Personenrechts, steht in vier Titeln das Familienrecht, bei dessen Veranlassung Intestaterbrecht und Pflichttheilsrecht, desgleichen die Lehre von den Familienstiftungen und Fideikommissen aufgeführt werden. Hieran schließt sich im fünften Titel das Gesinderecht, ferner im sechsten das Recht gesellschaftlicher Vereinigungen und Korporationen. Es folgt die Darstellung der rechtlichen Verhältnisse des Bauern- und Bürgerstandes, wobei einerseits die Gutsunterthänigkeit, andererseits Handels- und Wechselrecht zur Sprache kommen, dann das Recht des Adels und der Beamten, der Kirche und öffentlichen Schulen. Mit den rechtlichen Beziehungen zwischen Einzelnen und dem Staate vollendet sich diese Abtheilung. Ihren Schluß bilden Rechtsmaterien, welche den staatlichen Schutz der Privaten betreffen, die Lehre von der Vormundschaft im achtzehnten, von den Armenanstalten im neunzehnten, endlich von den Verbrechen und Strafen im zwanzigsten Titel.

Ersichtlich berücksichtigt die landrechtliche Anordnung nicht den juristischen Charakter der Rechtsinstitute, es ist vielmehr der ökonomische Zweck und die äußere Erscheinung der Rechtsverhältnisse maßgebend. Dies ganz dem Sensualismus der Epoche entsprechend. Daraus ergeben sich zwar geistreiche und frappante, aber nicht tief begründete Zusammenstellungen, sowie die Zersplitterung des Obligationenrechts und die Zerreißung des Erbrechts.

§ 9. Interpretation der Gesetze, Gesetzeskommission.

Im Vollgefühl seiner Macht erscheint dem Gesetzgeber die Interpretation seiner Gesetze durch die Unterthanen leicht als Eingriff in seine souveräne Befugniß und als Gefährdung der von ihm bezweckten Rechtssicherheit. Deshalb suchten die Gesetzgeber des vorigen Jahrhunderts, wie dies auch vordem Justinian that,[1] die Interpretation der Gesetze sich ausschließlich vorzubehalten.[2]

In diesem Sinne setzte die Ordre Friedrichs des Großen vom 14. April 1780 die Gesetzeskommission behufs Verbesserung und Interpretation der Gesetze ein, verbot dagegen den Richtern und Behörden die Gesetze selbst zu interpretiren. Dieselben sollten vielmehr der Gesetzeskommission bei zweifelhaften Gesetzen ohne Benennung der Parteien ihre Bedenken anzeigen und auf deren Beurtheilung antragen. Die Gesetzeskommission sollte dem Könige berichten, wenn eine Veränderung nothwendig schien.[3] Doch die Undurchführbarkeit dieser Vorschriften trat sehr bald hervor. Daher bestimmte bereits die Kabinetsordre vom 8. März 1798, daß die Anfrage an die Gesetzeskommission nicht mehr stattfinde, der Richter vielmehr nach den allgemeinen Regeln bezüglich der Auslegung der Gesetze zu entscheiden habe.[4] Die gleichzeitig gemachte Auflage, die Dunkelheit des Gesetzes dem Justizminister anzuzeigen, ist außer Gebrauch gekommen.

§ 10. Grundsätze der Interpretation.[1]

Während das L. R. Einleitung § 46 den Richter anwies, den Gesetzen keinen anderen Sinn beizulegen als aus den Worten, dem Zusammenhang derselben und dem nächsten unzweifelhaften Grund des Gesetzes folge, hat der Richter durch die Kabinetsordre von 1798 freie Interpretation,

---

1) Vgl. l. 12. C. de legibus 1, 14: tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

2) Projekt des corp. jur. Fridericiani Vorrede § 29. — So bestimmte in Frankreich das Gesetz vom 24. August 1790, Tit. II, Art. 12, daß die Richter sich an die gesetzgebende Versammlung zu wenden hätten: toutes les fois, qu'ils croiraient nécessaire d'interpréter une loi. Vgl. Unger östr. Pr. R. Bd. 1 § 13, Anm. 2.

3) So auch L. R. Einl. § 47. A. G. O. I, 13, § 32 ff.

4) K. O. vom 8. März 1798 u. Anhang § 2 zum L. R. Einl. § 47; Anhang § 77, zur A. G. O. I 10 § 52.

1) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 34 und dort Citirte.

wie sie bisher laut der Ordre von 1780 der Gesetzeskommission vorbehalten war, zurückerlangt, wonach namentlich auch „Sinn und Absicht der übrigen Gesetze“ beachtet werden sollte.

Nicht das Wort des Gesetzes allein darf also dem Richter entscheiden. Allerdings hat er die Wortbedeutung zunächst klar zu stellen — grammatische Interpretation — aber, wenn hierbei Zweifel bleiben, ist Absicht und Tragweite des Gesetzes mit allen Mitteln der Erkenntniß, insbesondere durch Vergegenwärtigung seiner Geschichte und seines Zusammenhanges mit der Gesammtheit des Rechtssystems festzustellen — logische Interpretation.[2] Hieraus kann sich dann einschränkende Interpretation ergeben, wenn man nach dem Sinne dem Gesetz etwas entzieht, was im Wort begriffen scheint, oder eine ausdehnende, wenn man dem Gesetz etwas als gewollt unterstellt, was durch den Wortlaut nicht betroffen scheint.

Außerdem ist Aufgabe des Richters, was ihm schon das L. R. Einl. § 49 zuwies, die analoge Anwendung der Gesetze. Findet er keine Gesetzesnorm, welche ihm zur Entscheidung dienen konnte, so hat er nach den im Landrechte eingenommenen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle ergangenen Veränderungen zu erkennen. —

Die preußische Praxis wußte die ihr zurückgegebene Freiheit der Interpretation zunächst nur unvollständig zu benutzen. Sklavisch klammerte sie sich vielfach an das Wort des Gesetzes.

Das geschah aus Respekt vor der Kodifikation. In Wahrheit wurde man ihr hiermit nicht gerecht. Denn nicht höchste Korrektheit des Ausdrucks und schulmäßige Definitionen bezweckte das Landrecht, es strebte nach Anschaulichkeit und volksthümlicher Bezeichnung des für das Leben Wichtigsten. Daher thut man ihm Gewalt an, wenn man überall es schlechthin beim Worte nimmt.

Größere Selbständigkeit der Auslegung fand sich zuerst in den Entscheidungen des Obertribunals. Allmählich konnte auch in der Wissenschaft eine lebendige und geistig freie Behandlung des Landrechts Raum gewinnen. Doch die ängstliche bloße Wortinterpretation ist auch heutigen Tags nicht ganz überwunden.

Besondere Auslegungsmittel des Landrechts sind einmal die Titelüberschriften, sodann die kurzen Inhaltsangaben, welche dessen Text am Rande begleiten, die s. g. Marginalien, endlich das Register, mit welchem das Werk publicirt wurde. Diese Bestandtheile des Werkes sind zwar nicht, wie man behauptet hat, Theile des Gesetzes selbst, da sie den Gebrauch erleichtern,

---

2) Dies war die Interpretationsmethode der römischen klassischen Juristen im Gegensatz zum jus strictum der altrömischen Zeit, 1, 17 D. de legibus 1, 3: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Sie ist die gemeinrechtliche.

keineswegs gesetzliche Verfügungen enthalten sollten, immerhin können sie die Auffassungen der Redaktoren des Landrechts aufhellen.[3] Einen tieferen Einblick in die Arbeitsstätte des Landrechts geben die Entwürfe, Arbeiten und Beschlüsse der Redaktoren desselben, die sogenannten Materialien, welche indessen nur zum geringeren Theile veröffentlicht wurden.[4] Uebertriebene Erwartungen freilich, welche von der Benutzung dieser Materialien eine neue Epoche wissenschaftlicher Kenntniß des Landrechts und die nicht versiegende Quelle zur Aufhellung streitiger Einzelbestimmungen erhofften, konnten sich nicht verwirklichen. Nur für ein begrenztes Feld und nur unter kritischer Benutzung sind die Materialien von Werth. Denn nicht immer ist der gesetzgeberische Wille, welcher sich schließlich im Gesetz verkörpert findet, identisch mit den Auffassungen einzelner Redaktoren bei der Berathung. Es bleibt vielmehr zu erwägen, in wie weit die Vorgedanken Einzelner bei der endlichen Festsetzung ausschlaggebend waren. Auch darum erschöpft die Benutzung dieser Hülfsmittel die Aufgabe der Interpretation nicht, weil die Zweifel und Kontroversen der Folgezeit nur zum Theil bei denjenigen Fragen auftraten, über welche die Redaktoren sich ausgesprochen haben, größtentheils aber sich in dem erheben, was sie als selbstverständlich voraussetzten oder in seinen Konsequenzen nicht in Betracht zogen. Deshalb ist es von besonderer Bedeutung, sich die geistige Atmosphäre, welche die Verfasser umgab, die rechtsphilosophischen Anschauungen der Zeit, die gemeinrechtliche Doktrin und die Praxis des vorigen Jahrhunderts zu vergegenwärtigen. Erst die aus dieser Einsicht und dem Gesammtinhalte des Landrechts gewonnene Anschauung seiner leitenden Gedanken erhebt zur Erkenntniß der Tragweite der einzelnen Bestimmungen, lehrt das Nebensächliche von den Fundamentalsätzen scheiden und giebt Mittel zur Ausfüllung von Lücken des Gesetzes und zu dessen analoger Fortbildung. Diese Aufsuchung der grundlegenden Gedanken ist um so unentbehrlicher, weil das Landrecht die principielle Fassung vielfach vermeidet, das Einzelne mit besonderer Vorliebe hervorkehrt[5] und oft sogar die Ausnahme in scheinbarer Allgemeinheit dem Grundsatze selbst voranstellt,[6] so daß die Einzelvorschrift erst aus dem Zusammenhang ihr Licht erhält.[7]

---

3) Auch dies läßt nicht gelten Heydemann Bd. 1 S. 125; vgl. aber R. G. Bd. 6 S. 64, Bd. 8 S. 253.

4) Die Materialien zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung sind herausgegeben von Simon in seiner und v. Strampffs Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preuß. P. R. Bd. 3, die amtlichen Vorträge von Suarez bei der Schlußrevision finden sich in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 1 ff.

5) Vgl. unten § 27 Anm. 9, § 56 Anm. 5, Bd. 2 § 43 a. E., Bd. 3 § 184 Anm. 2.

6) Daher die Bedenklichkeit des arg. a contrario für das L. R., vgl. unten Bd. 2 § 94, Bd. 3 § 174 Anm. 15, § 242 Anm. 5, Bd. 2 § 94 Anm. 12. Deutschmann bei Gruchot Bd. 26 S. 52.

7) Vgl. 1. 24 D. de legibus 1. 3.

Bleiben Antinomien, so ist der Widerspruch entweder auf sogenanntem historischem Wege zu beseitigen, falls nachweisbar ist, daß die eine Bestimmung einer älteren, später aufgegebenen Auffassung der Verfasser entspricht, oder es hat dessen Lösung, wenn ein solcher Nachweis nicht gelingt, der Art zu geschehen, daß man der grundsätzlichen Entscheidung den Vorzug giebt. Nicht selten finden sich Widersprüche zwischen dem A. Landrechte und der A. Gerichtsordnung, der erst nach dem Landrechte veröffentlichten[8] Neubearbeitung der Fridericianischen Prozeßordnung.[9] Dann ist nicht etwa der Gerichtsordnung als dem später in Kraft getretenen Gesetze absolut der Vorzug zu geben, denn beide Gesetze sollten Theile eines Ganzen bilden.[10] Ebensowenig ist richtig, daß die Gerichtsordnung bei prozessualischen, das Landrecht bei civilrechtlichen Fragen zu Grunde zu legen sei. Denn die Gerichtsordnung hatte nicht bloß den Zweck eines Prozeßgesetzes, sondern sollte zahlreiche auf das materielle Recht bezügliche Verhältnisse regeln. Vielmehr sind solche Widersprüche zwischen Landrecht und Gerichtsordnung wie Antinomien, welche in demselben Gesetzbuche sich finden, aufzufassen, mithin nach den oben angegebenen Grundsätzen zu schlichten.[11] [12]

§ 11. Umfang der Geltung des Allgemeinen Landrechts.

Das Allgemeine Landrecht bezweckte nicht, wie andere neuere Kodifikationen, insbesondere das französische und österreichische Gesetzbuch,[1] ein schlechthin gleichförmiges Recht innerhalb seines Geltungsbereiches herzustellen.

---

8) Das Publikationspatent der Gerichtsordnung wurde zwar schon am 6. Juli 1793, also vor der Publikation des L. R. vollzogen; allein da der Druck noch nicht begonnen hatte, so verzog sich die wirkliche Publikation des ersten Theiles bis zum 24. Dezember 1794, die der folgenden Theile bis zum 30. Juli 1795. Simon bei Mathis Bd. 11 S. 276 und 277. Citirt wird das Gesetz A. G. O.

9) Die wichtigste Veränderung bestand darin, daß das Institut der richterlichen Assistenzräthe nicht aufgenommen, sondern die „Justizkommissarien" an deren Stelle gesetzt wurden, so daß das früher beseitigte Institut der Advokatur, wenn auch nicht dem Namen, doch der Sache nach wieder hergestellt wurde.

10) So auch R. G. Bd. 3 S. 49.

11) Vgl. Eccius § 2 a. E. Die Meinungen über diese Frage sind sehr getheilt. Nach Rönne Ergänzungen 5. Aufl. Bd. 3 S. 7, soll darauf gesehen werden, wo die sedes materiae ist. Koch Pr. R. Bd. 1 § 10 giebt dem L. R. den Vorzug, weil die Gerichtsordnung nur eine Umarbeitung des corpus juris Fridericianum sei, also die älteren Rechtsansichten ausspreche; anders stehe es aber mit den der Gerichtsordnung erst zugefügten im corpus juris Fridericianum nicht enthaltenen Bestimmungen. Beide Gesichtspunkte sind von Gewicht, nur sind sie nicht schlechthin und allein entscheidend.

12) Vgl. z. B. L. R. II, 1 § 245 und A. G. O. I, 1 §§ 19 und 22.

1) Auch in Oesterreich hatte man die Absicht, neben dem A. b. G. B. den Statuten einzelner Provinzen und Landesbezirke Gesetzeskraft zu belassen, A. b. G. B. § 11. Allein man ging hiervon ab, angeblich weil die privatrechtlichen provinziellen Bestimmungen keine wesentlichen zur Beibehaltung geeigneten Abweichungen darboten. Bei dem nach allgemeiner Umwälzung eingeführten Code Napoléon kam die Beibehaltung der Statutarrechte gar nicht in Frage. Loi du 30 Ventose an XII (31. März 1804) art. 7.

1. Vielmehr trat es programmgemäß nur an die Stelle des römischen und anderer subsidiärer Rechte, insbesondere des gemeinen Sachsenrechts und des Magdeburger Rechts,[2] sowie der älteren allgemeinen Landesgesetze,[3] so daß es zu den lokalen Rechten der Regel nach[4] eine subsidiäre Stellung, wie früher das gemeine Recht, einnimmt.[5] Nach der Absicht des landrechtlichen Gesetzgebers sollte jedoch der Zweck des sichern und bestimmten Rechts durch die baldige Kodifikation auch der Provinzialrechte — längstens innerhalb 2 Jahren — erreicht werden, wobei man sich an das Landrecht anschließen und nur beibehalten wollte, was aus lokalen Bedürfnissen sich rechtfertige.

Die in Aussicht gestellte Kodifikation und Revision der statutarischen Rechte hat sich aber, wegen der Schwierigkeit der Ausgleichung der lokalen Interessen, welche bei derselben betheiligt waren, bloß zum kleinsten Theile verwirklichen lassen. Denn nur für das ostpreußische Provinzialrecht gelangte sie auf Grundlage des längst kodificirten preußischen Provinzialrechtes in den Jahren 1801 und 1802, für das westpreußische im Jahre 1844 zur Ausführung.[6] Uebrigens ist die Bedeutung der Provinzialrechte eine stetig zurücktretende. Der Zug der Zeit nach einem einheitlichen Rechte für den ganzen Staat, das natürliche Uebergewicht des geschriebenen allgemeinen Rechts gegenüber der auf provinziellen Quellen oder gar nur auf Gewohn-

---

2) Publikationspatent vom 5. Februar 1794 Art. I, III—VII.

3) Cit. Patent Art. II. Die Aufhebung der älteren Bestimmungen geschah nur hinsichtlich derjenigen Materien, welche das Landrecht behandelt. Daher denn einzelne ältere auf das öffentliche Recht bezügliche Gesetze in Kraft blieben.

4) Es fragt sich, welche älteren Bestimmungen provinzialrechtlicher Natur sind? Bei der Entscheidung kann nicht auf ein materielles Kriterium, sondern nur auf die formelle Seite zurückgegangen werden. Provinzial- und Statutargesetze sind diejenigen Bestimmungen, welche für einzelne Landestheile als solche in Kraft gesetzt wurden. Daher sind Provinzialrecht auch römische und dem Sachsenrechte angehörige Sätze, insofern sie in der Form provinzieller Gesetze publicirt oder eingeschärft wurden. So auch O. Tr. Präjudiz n. 432. Entsch. Bd. 3 S. 292. Plen.-Beschl. vom 8. April 1839. Präj. n. 622.

5) Die Subsidiarität des Landrechts ist begreiflich nur die Regel. Wo die Intention des Landrechts auf Schaffen eines durchgreifenden allgemeingültigen Rechtszustandes gerichtet war, sind entgegenstehende provinzielle Bestimmungen außer Kraft gesetzt. Hierüber ist nach Lage des Einzelfalles zu befinden. Insbesondere ist jene Absicht anzunehmen, wenn es sich um ein aus Gründen öffentlicher Wohlfahrt und Ordnung erlassenes Verbotsgesetz handelt. Daß alle älteren provinziellen Bestimmungen, bei denen das öffentliche Recht betheiligt ist, aufgehoben seien, wie Koch Pr. R. §3 behauptet, ist unrichtig. Der Grund Kochs ist, daß das Interesse des Staates und der öffentlichen Ordnung nicht nach Provinzen und Ortschaften verschieden sei. Doch diese Interessen können allerdings je nach den verschiedenen Territorien in verschiedener Weise verwirklicht werden. So ist die Geltung des Schlesischen Edikts vom 3. November 1765 wegen der gutsherrlichen Schulbaupflicht vom O. Trib. anerkannt, Entsch. Bd. 68 S. 200, ebenso die Geltung älterer Provinzialverordnungen über Verschaffung der Vorfluth.

6) Das ostpreußische Provinzialgesetzbuch wurde publicirt 4. August 1801 und 6. März 1802. N. C. C. XI. S. 407. 871. Ueber die Verhandlungen mit den Ständen der verschiedeneu Provinzen vgl. Krause in v. Kamptz Jahrb. Bd. 18 S. 99 ff.

heiten beruhenden Satzung, die Abneigung der Richter, welche sich in das kodificirte Recht hineingelebt hatten, gegen die ganz anders zu behandelnden älteren Statuten, endlich die seit Erlaß des Landrechts eingetretene Umgestaltung der bäuerlichen und gewerblichen Verhältnisse haben die Bedeutung der Provinzialrechte dem Landrechte gegenüber immer mehr beschränkt.[7] [8]

2. Um den Widerstand zu überwinden, welcher der Inkraftsetzung des Gesetzbuchs im Jahre 1792 entgegentrat, mußte Carmer, wie wir sahen, nicht nur den Titel des Werkes und einige Bestimmungen opfern, sondern sich auch die Suspension der das Familienrecht und Intestaterbrecht betreffenden Neuerungen gefallen lassen. Hiernach wurden die 3 ersten Titel des zweiten Theils des Landrechts in ihrer Geltung suspendirt, soweit sie das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig recipirten fremden Gesetzes enthielten.[9] Die Suspension sollte bis zur Vollendung der Provinzialgesetze dauern, wurde aber, da es hiermit nicht vorwärts ging, für die meisten Theile der Monarchie zurückgenommen, in anderen bei der späteren Einführung des Landrechts nicht erneuert. Dagegen besteht sie fort unter Anderm in der Mark Brandenburg,[10] sowie in erweitertem Umfange im Herzogthume Westphalen.[11]

7) Es wurden z. B. die provinziellen Bestimmungen über die Minderjährigkeit durch K. O. vom 22. November 1808 aufgehoben, desgleichen die provinziellen Bestimmungen über Verjährungsfristen, die provinzialrechtliche Geschlechtsvormundschaft, ferner das provinzialrechtliche Institut der Verlautbarung beseitigt u. s. f. Für Schlesien wurden die Partikularrechte über das eheliche Güterrecht, sowie über die Erbfolge durch Gesetz vom 11. Juli 1845 aufgehoben. Insbesondere aber waren in den unter der Fremdherrschaft abgetretenen sowie mehreren neu erworbenen Gebieten die Provinzialrechte im Wesentlichen aufgehoben und wurden — abgesehen vom Herzogthum Westphalen — bei der Wiedereinführung des L. R. nicht hergestellt.

8) Die Quellen der preußischen Provinzialrechte stellt zusammen Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 1 und zwar für die altpreußischen Landestheile im § 9, für die hannoverschen Rechtsgebiete des L. R. § 13 I B, für die bayerischen § 18 II.

9) Oben § 6. — Publikationspatent vom 5. Februar 1794 Art. IV; vgl. Korn Güterrecht nach brandenburgischem Provinzialrecht 1880, unten Bd. 3 § 1 Anm. 18 und an anderen Stellen des Familien- und Erbrechts, etwa auch Förster § 5. Die Suspension soll namentlich nicht eintreten, soweit das L. R. bloß den bisher üblichen Meinungen einiger Rechtslehrer widerspricht, ferner einer gewissen Erklärungsart der fremden Gesetze den Vorzug beilegt, endlich bisher kontroverse Rechtsfragen entscheidet. Diese Antithese des Publikationspatents, die zur Erläuterung dienen sollte, verbreitet wenig Klarheit. Die Frage bleibt stets, was ist als grades Gegentheil des früheren Rechtes anzusehen. Ein solcher Gegensatz findet sich nicht bloß in Bestimmungen, die den bisherigen Rechtszustand direkt veränderten, sondern auch in solchen, die auf Grundgedanken beruhten, die dem bisherigen Recht entgegenstehen. Natürlich ist dabei der Rechtszustand des vorigen Jahrhunderts in Betracht zu ziehen. Insbesondere kann nicht entscheiden, daß derzeit etwas in der Wissenschaft als unbestritten gilt, was in der Praxis des vorigen Jahrhunderts kontrovers war.

10) Die Suspension besteht auch in früher zur Mark Brandenburg gehörenden Theilen der Provinz Pommern, ferner im Luckenwalder Kreis, vgl. Roth a. a. O. S. 62 ff. Die Mark Brandenburg fällt mit der jetzigen Provinz Brandenburg nicht zusammen.

11) Das Publikationspatent für Westphalen vom 21. Juni 1825 § 4 beläßt es bezüglich der suspendirten Titel einfach bei dem gemeinen Recht. Für das eheliche Güter-

3. Die geschichtliche Entwickelung, auf welche wir im folgenden — unten § 13 — näher eingehen, brachte es mit sich, daß das Landrecht nicht im ganzen preußischen Staate Geltung gewann. Neben ihm ist in Kraft geblieben:

a) der französische code civil in dem Bereich des Oberlandesgerichts Cöln (Rheinprovinz mit Ausnahme der Kreise Rees, Duisburg und Essen),

b) gemeines Recht in den durch Vertrag vom 31. März 1815 von Nassau an Preußen abgetretenen „oranischen Erbländern", ferner in Neuvorpommern und Rügen und endlich in den in Folge der Ereignisse des Jahres 1866 Preußen einverleibten Provinzen.

In Ostfriesland, der Grafschaft Niederlingen, dem Eichsfeld jedoch hat sich auch während der hannoverschen Herrschaft das preußische Landrecht erhalten.

Das preußische Landrecht hat außerhalb Preußens Geltung behalten in einzelnen früher preußischen Gebieten, in welchen es seinerzeit unter preußischer Herrschaft in Kraft gesetzt war, nämlich

a) in den fränkischen Fürstenthümern Ansbach und Bayreuth, welche an Bayern gelangt sind. In der im Jahre 1866 von Preußen zurückerworbenen ehemals bayreuthischen Enklave Kaulsdorf findet sich daher preußisches Recht,

b) in den mit dem Großherzogthume Weimar vereinigten Erfurter Gebietstheilen.

In den Ländern, in welchen den deutschen Konsuln Gerichtsbarkeit zusteht, haben sie dieselbe nach dem Rechte der preußischen landrechtlichen Gebietstheile auszuüben.[12]

III. Entwickelung des preußischen Rechts nach Publikation des Landrechts.

§ 12. Allgemeines.

Die geistigen Strömungen, welche sich im neunzehnten Jahrhundert geltend machten, waren dem Landrecht wenig günstig.

Bereits zur Zeit seines Inkrafttretens hatten die großen socialen und politischen Umgestaltungen begonnen, welche von der französischen Revolution

---

recht hebt in seinem Bereich die Suspension auf das westphälische Gesetz vom 16. April 1860, vgl. unten Bd. 3 § 1 Anm. 18. Das Herzogthum Westphalen fällt mit der Provinz Westphalen nicht zusammen, es bildet den größeren Theil des Regierungsbezirks Arnsberg.

12) Gesetz über die Konsulatsgerichtsbarkeit vom 10. Juli 1869 §§ 3, 12 Abs. 2, 14, 43.

ausgehend, oft gehemmt und scheinbar überwunden, niemals aber ganz zurückgedrängt, auch Preußen im Laufe unseres Jahrhunderts in ihren Kreis zogen. Die wirthschaftlichen und rechtlichen Grundlagen, auf denen das Landrecht fußte, insbesondere die Gliederung der Stände und deren Abschließung wichen den neu proklamirten Ideen der Gleichheit Aller vor dem Gesetz und der Selbstbestimmung des Individuums. Noch im Beginn des Jahrhunderts fast ausschließlich auf den Landbau angewiesen, so daß die agrarischen Interessen vorherrschten, wurde Preußen mehr und mehr der Sitz einer gewaltigen Industrie und eines großartigen Verkehrs. Die neuen Anforderungen, welche in Folge dessen an das Recht gemacht wurden, suchte vor allem der Liberalismus nach französischem Vorbild und in abstrakter Weise zu befriedigen. Er trat damit in Widerspruch gegen die fridericianische Gesetzgebung, welche seinen Tendenzen zu einem großen Theile erlag.

Gegenüber dem liberalen Bestreben bildete sich die historische Schule, welche der Einseitigkeit jener Richtung die Wage hielt. Aber dem Landrecht entstand hierdurch kein Bundesgenosse. Denn indem die historische Schule alles Gewicht auf die tieferen geschichtlichen Wurzeln des Staates und des Rechtes legte, betrachtete sie das Recht als etwas nach innerlichen Trieben sich Gestaltendes, als etwas organisch Werdendes, das sich naturgemäß nur durch Gewohnheiten und Juristenrecht hervorbilde, durch umfassende Kodifikation aber einen fast frevelhaften Eingriff zu erleiden schien. So stand auch diese Schule dem Landrechte abgeneigt gegenüber. Die historische Schule wendete sich vielmehr vor allem dem gemeinen Rechte zu und erweckte dasselbe, welches vielfach als abgethan angesehen war, zu neuem wissenschaftlichem Leben; weniger glücklich war sie in der Pflege der statutarischen und Gewohnheitsrechte, deren Absterben durch ihre Vorliebe nicht gehindert wurde.

Da das Landrecht somit keiner der beiden Richtungen, welche die Staats- und Rechtsideen im neunzehnten Jahrhundert nahmen, entsprach, war die Folge, daß es bald in der allgemeinen Werthschätzung in ungerechtfertigter Weise sank[1] und sich bis in die neueste Zeit auch wissenschaftlicher Pflege nur in geringerem Maße erfreute.[2]

§ 13. Die Gesetzgebung in Preußen und dem Reiche.

Wie die neuere Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft, so waren auch die äußeren Schicksale der preußischen Monarchie der stetigen Fortbildung

1) Neuerdings beginnt eine richtigere Würdigung Platz zu greifen, vgl. Roth deutsches Privatrecht Vorrede S. VII.

2) Einen erheblichen Einfluß erhielt jedoch das L. R. auf die Kodifikationsarbeiten anderer deutscher Lande, vor Allem auf das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, vgl. Pfaff und Hofmann Kommentar S. 17, dann auch mehr oder minder direkt auf Kodifikationen der deutschen Schweiz.

des Landrechts nicht günstig. Sie brachten es mit sich, daß das preußische Landrecht in Kurzem aufhörte, allgemeines Recht für die Monarchie zu sein, hiermit aber an seiner politischen Bedeutung wesentlichen Schaden litt.

In dem ersten Jahrzehnt nach Vollendung des Landrechts freilich konnte das neue Werk ungestört Wurzel fassen. Die Anschauungen, auf welchen das Landrecht beruhte, waren bei den preußischen Staatsmännern noch durchaus die entscheidenden, die Territorialveränderungen des Staates dienten nur dazu, dem Landrecht ein größeres Herrschaftsgebiet zu verschaffen. Die in dieser Epoche getroffenen Neuerungen bestanden zum großen Theil in Erläuterungen landrechtlicher Bestimmungen oder auch in Modifikationen einzelner Vorschriften. Sie wurden 1803 als erster Anhang zum allgemeinen Landrecht gesammelt und publicirt und sind die einschlägigen Bestimmungen nach den betroffenen Paragraphen in den amtlichen Ausgaben des Landrechts seit 1803 eingeschaltet.[1] Ein zweiter Anhang dagegen erschien nicht. Die Gesetzgebung,[2] welche nach der Katastrophe von 1806 die persönliche Freiheit der Einzelnen, die freie Veräußerlichkeit des Grundeigenthums, die Gewerbefreiheit zu fundamentalen Principien des Rechts machte, ließ sich nicht in die Form eines bloßen Anhangs des Landrechts bringen.[3]

In Folge der Wiederherstellung und Erweiterung der Monarchie im Jahre 1815 schien die Macht des Landrechts wieder zu wachsen, da dasselbe in Posen, im Herzogthume Sachsen und in Westphalen eingeführt wurde.[4] Gleichwohl hatte es nicht die Kraft, sich die ganze Monarchie zu unterwerfen und sank zum besonderen Rechte eines wenn auch des größten Theiles des preußischen Gesammtstaates herunter.[5] Es war schon nicht ohne

1) Erster Anhang, worin die bisher ergangenen Abänderungen des Allgemeinen Landrechts verkürzt gesammelt sind, publicirt 11. April 1803, Berlin 1803 bei Nauck. Soweit die Fassung des Anhangs abweicht von seiner Quelle, geht der Anhang als die neuere mit Gesetzeskraft versehene Bestimmung vor, jedoch ist begreiflich die Quelle des Anhangs zur Erläuterung desselben von Gewicht. Euler in v. Kamptz Jahrb. Bd. 32 S. 48. Die Materialien und Vorarbeiten des Anhangs theilt mit Löwenberg Beiträge in Band 2.

2) Quellen: Gesetzsammlung für die preußischen Staaten herausgegeben seit 1811 mit dem 1822 zu Berlin erschienenen Anhang: Sammlung der Gesetze vom Jahre 1806 bis 25. Oktober 1810 (auch als letzter Band des N. C. C.).

3) Nur für die Gerichtsordnung, welche längere Zeit mehr stationär blieb, konnte man im Jahre 1815 die inzwischen getroffenen Neuerungen in Gestalt eines Anhangs einschieben. Eine Privatarbeit ist v. Goßlers Entwurf eines zweiten Anhangs zum A. Landrechte 1816.

4) Für Posen durch Patent vom 9. November 1816 seit 1. März 1817, für die neu erworbenen sächsischen Gebietstheile durch Patent vom 15. November 1816 gleichfalls seit 1. März 1817, für das Herzogthum Westphalen durch Patent vom 21. Juni 1825 seit 1. December 1825. Für andere Distrikte siehe Gesetzsammlung von 1814 ff.

5) Das Anwendungsgebiet des L. R. ist immerhin relativ das umfassendste im deutschen Reich. Es beherrscht in Deutschland allein eine Bevölkerung von über neunzehn Millionen Menschen.

Wichtigkeit, daß das gemeine Recht in einzelnen kleineren Partikeln des Staates bestehen blieb. Von viel größerer staatlicher Bedeutung aber war die Erhaltung der französischen Gesetzgebung in der Rheinprovinz, einer Gesetzgebung, welche, indem sie die Tendenzen des Jahrhunderts rücksichtslos zur Durchführung gebracht hatte, trotz der fremden Form und mancher specifisch französischen Eigenthümlichkeit den Strebungen des modernen Geistes vielfach mehr entsprach, als das heimische Recht.[6] Das staatliche Bedürfniß einer einheitlichen Gesetzgebung für die gesammte Monarchie drängte bei solchem Rechtszustand auf weitläufige Revisionsarbeiten,[7] welche nach einem 30jährigen Bemühen im Jahre 1848 — vom Prozeß abgesehen,[8] — fast resultatslos endeten. Die Fruchtlosigkeit dieser Anstrengungen lag darin begründet, daß weder die Rheinlande das rasch assimilirte fremde Recht, noch die rechtsrheinischen Provinzen die Grundprincipien ihrer Gesetzgebung aufgeben wollten, so daß die Vereinigung unter einem neuen Dritten nicht zu erzielen war.

Einen beschleunigteren Gang nahm die Gesetzgebung nach dem Uebergang Preußens zum Verfassungsstaat. Der um jene Zeit eintretende Aufschwung von Verkehr und Industrie forderte neue Rechtsordnungen, das wachsende Uebergewicht des Liberalismus drängte zur Annäherung an französisch-rheinische Institutionen, die sich geltend machende deutschnationale Idee führte zu allgemein deutscher, generalisirender Gesetzgebung. Der Einführung der Verfassung folgten auf dem Fuße die Neuorganisation der Gerichte, die Reformation des Strafverfahrens und bald auch des Strafgesetzbuchs für die Gesammtmonarchie nach französischem Vorbild; später vermittelte eine neue Konkursordnung französisches und heimisches Konkursrecht. Die Ablösung der Reallasten und die Entlastung des Grundbesitzes wurde Gegenstand tiefgreifender gesetzlicher Maßnahmen; die deutsche Wechselordnung, dann das deutsche Handelsgesetzbuch, beide aus der Initiative Preußens hervorgegangen, aber vielfach mit den Grundgedanken des Landrechts im Widerspruch,

---

6) Als Preußens Heer die Rheinlande von der Fremdherrschaft befreite und sie an Preußen fielen, ahnte Niemand, daß das fremde Recht dort viele Decennien, voraussichtlich in das zwanzigste Jahrhundert hinein fortbestehen werde. Wie das kam, vor allem über die ungünstige Einwirkung Hardenbergs und seine Differenzen mit dem Justizminister Kircheisen, siehe bei Stölzel Preußens Rechtsverwaltung Bd. 2 S. 439.

7) Vom 1817—1819, dann wieder von 1832 ab bestanden besondere Ministerien für Gesetzesrevision. Die in einzelne — sechszehn — „Pensa" vertheilten, zwar nicht in den Buchhandel gekommenen, aber gedruckten Arbeiten der Referenten, der s. g. Revisoren, sind wichtig als erster vielfach gelungener Versuch einer kritischen Bearbeitung des Landrechts. Vgl. aktenmäßige Darstellung der Gesetzesrevision von Kamptz Bd. 60 S. 1—308, Stölzel a. a. O.

8) Der Prozeß erhielt eine neue Gestalt nach den Grundsätzen der Verhandlungsmethode mit theilweiser Mündlichkeit durch die Verordnung über den Mandats- und summarischen Prozeß vom 1. Juni 1833 und durch die Verordnung vom 21. Juli 1846.

gab den Bestrebungen des Kaufmannsstandes nach; die Bergindustrie wurde nach einer vermittelnden Zwischengesetzgebung durch das allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten von der frühern staatlichen Bevormundung befreit. Weitere Umbildungen schließen sich an die Ereignisse des Jahres 1866, welche einerseits ausgedehnte und einflußreiche Provinzen mit Preußen vereinigten, in denen preußisches Recht nicht galt, andererseits die deutschen Länder diesseits des Mains mit Preußen zu dem norddeutschen Bund vereinigten, welcher sich bald zum deutschen Reich erweiterte. Um für die preußische Monarchie einheitliche Normen zu gewinnen, wurde das Grundbuchrecht umgestaltet und eine neue Vormundschaftsordnung in der gesammten Monarchie in Kraft gesetzt. Auch die Bundes- und Reichsgesetzgebung trat sofort in lebhafteste Thätigkeit. Sie ersetzte die preußische Gewerbeordnung durch eine deutsche, das preußische Strafgesetzbuch durch ein deutsches; sie regelte die Urheberrechte unter theilweiser Verwerthung des preußischen Rechts und gestaltete ein preußisches Gesetz, welches die Civilehe brachte, zum Reichsgesetz um; die Wechselordnung weiter und das Handelsgesetzbuch wurden zu Reichsgesetzen erhoben, gleichzeitig das Reichsoberhandelsgericht geschaffen.

Von hoher Wichtigkeit auch für das Civilrecht ist die Prozeßgesetzgebung des Reiches, bestehend aus einem Gerichtsverfassungsgesetz, einer Civil- und Strafprozeßordnung, endlich einer Konkursordnung. Letztere ist überwiegend aus dem preußischen Recht erwachsen; die Gerichtsverfassung und die Civilprozeßordnung traten vielfach in grundsätzlichen Gegensatz gegen das bisher in Preußen Bestehende und stellten dem preußischen Staate schwer zu lösende Aufgaben. Ein Reichsgericht in Leipzig bildet die oberste Instanz in Civil- und Strafsachen auch für Preußen. Die neue Organisation der Gerichtsbehörden und das Reichsprozeßrecht trat mit dem 1. Oktober 1879 in Kraft.[9]

---

9) Gesetze aus der Regierungszeit Friedrich Wilhelms IV. sind die Verordnung vom 2. Januar 1849 über Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und die anderweite Organisation der Gerichtsbehörden, zu welcher das Gesetz vom 26. April 1851 gehört, die V. vom 3. Januar 1849 betr. Einführung der Geschworenengerichte, ferner die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 anstatt der oktroyirten vom 5. December 1848, die am 15. Februar 1850 eingeführte deutsche Wechselordnung, das Gesetz über die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850, das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, die Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Der Regierung Königs Wilhelm I. gehören an: das Gesetz über Einführung des deutschen Handelsgesetzbuchs vom 24. Juni 1861, das Berggesetz vom 24. Juni 1865, die norddeutsche Bundesverfassung vom 24. Juni 1867, welche durch Reichsgesetz vom 16. April 1871 zur Reichsverfassung umgestaltet wurde, die Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, das Reichsstrafgesetzbuch vom 31. Mai 1870, das Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die Belastung der Grundstücke und die Grundbuchordnung mit demselben Datum, die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung, endlich die Reichsjustizgesetze vom Jahre 1877 und die hierzu erlassenen preußischen Ausführungsgesetze. Auch für das Privatrecht von Bedeutung sind

§ 14. Litteratur des preußischen Rechtes.

Nicht dem preußischen, sondern ausschließlich dem gemeinen Rechte haben sich die bedeutenden der historischen Schule zugehörigen Rechtslehrer zugewendet, welche im Laufe des 19. Jahrhunderts an den juristischen Fakultaten preußischer Hochschulen wirkten. Dieselben haben durch ihre Forschungen, welche eine neue Epoche der deutschen Rechtswissenschaft begründeten, für die Aufhellung der Grundlagen auch des preußischen Rechts Großes geleistet; unmittelbar sind ihre Arbeiten dem Landrechte nicht zu Gute gekommen.

Die Bearbeitung des preußischen Landrechts fiel in Folge dessen hauptsächlich den Praktikern anheim. Daher die eigenthümlichen Vorzüge und Schwächen der Litteratur des preußischen Rechtes. Ein großer Theil dieser Arbeiten begnügt sich mit dem, was unmittelbares Bedürfniß der Praxis ist, nämlich der Sammlung des gesetzgeberischen Materials. Einen wichtigen Theil der Litteratur bildet auch die Mittheilung von Rechtsfällen und Entscheidungen, insbesondere des höchsten Gerichtshofes, durch welche sich das preußische Recht hauptsächlich fortgebildet hat. Zahlreiche Aufsätze knüpfen an diese Entscheidungen Bemerkungen an, welche der einzelne Fall hervorrief.

In umfassenderer Weise faßten vor Allem zwei Schriftsteller ihre Aufgabe. Einmal Bornemann in seiner systematischen Darstellung des preußischen Civilrechts. Nicht bloß die mühevolle Benutzung der Vorarbeiten des Landrechts, der sogenannten Materialien, verleiht dem Buche Bornemanns dauernde Bedeutung. Klarheit der Auffassung und der Darstellung, sowie Vollständigkeit geben den Ausführungen des Verfassers einen selbständigen Werth. Wie kein Anderer aber hat Carl Friedrich Koch die preußische Rechtswissenschaft gefördert. Mag das Urtheil dieses Schriftstellers nicht selten einseitig, der Werth seiner Schriften ungleichmäßig sein, so sichert ihm gleichwohl sein eminenter praktischer Scharfsinn, seine unermüdliche vielseitige Thätigkeit, die vielfache Benutzung der älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller einen hervorragenden Platz in der Litteratur des preußischen Rechts.

Neuere gemeinrechtliche Litteratur wußte dann Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts, herbeizuziehen und in gefälliger Form zu verwerthen.[1]

---

die preußischen Verwaltungsgesetze. Sie sind herausgegeben von M. v. Brauchitsch, nach dessen Tode von Studt und Braunbehrens 10. Auflage 1892. Der Regierung Königs Wilhelm II. gehört insbesondere an die Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen vom 3. Juli 1891. In dem Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts von Stengel, 2 Bde. und Nachtragsband, 1890 ff., findet sich eine wissenschaftliche Darstellung der Hauptlehren.

1) Im Einzelnen heben wir hervor:

1. Werke zur Kenntniß des vorlandrechtlichen Rechtszustandes: Muller practica civilis Marchica Berolini 1678; Behmer novum jus controversum II vol. Lemgo 1771.

Hymmen Beiträge zur juristischen Litteratur in den preußischen Staaten, 8 Bände und Repertorium, Berlin 1775—90.

2. Der verbreitetste Kommentar ist von C. F. Koch, Berlin, 4 Theile, achte nach dem Tode des Verfassers von Mehreren bearbeitete Ausgabe 1884. Eine Art von Kommentar bilden auch die Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher, bearbeitet von Dr. Ludwig v. Rönne; die sechste Ausgabe 1874 bis 1880 behandelt in 4 Bänden nur das allgemeine Landrecht. Es gehört hierher endlich Rehbein und Reincke A. L. R. 4 Bde. 4. Auflage 1889 mit Erläuterungen. Das Werk schaltet die Provinzialgesetze und die das L. R. ergänzenden Gesetze ein, bezeichnet die Abänderungen durch die neuere Gesetzgebung unter Ausmerzung der formell aufgehobenen Gesetze und giebt eine summarische Angabe der Präjudikate der höchsten Gerichtshöfe. So nützlich dies Repertorium ist, so unentbehrlich ist die Einsicht und Prüfung der angeführten Quellen und die Erwägung des Für und Wider, da es massenhaft schwierige Fragen in apodiktischer Form lösen mußte. Eine Ergänzung bildet Rehbein „die Entscheidungen des vormaligen Obertribunals“ 1883 ff. bis jetzt im dritten Band.

3. Systematische Darstellungen umfänglicher oder kürzerer Art sind: Klein System des preußischen Civilrechts, Halle 1801. 2. Aufl. v. Rönne 1836. Bornemann systematische Darstellung des preußischen Civilrechts 6 Bde. Berlin 1834—1839. 2. Aufl. 1842—1845. Laspeyres System des preußischen Privatrechts im Grundrisse. Halle 1843. C. F. Koch Lehrbuch des preußischen Privatrechts 3. Aufl. 1857. Heydemann Einleitung in das System des preußischen Civilrechts 1. Bd., 2. Bd. 1. Lief. 1859 u. 1868. Franz Förster Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts 4 Bde. 1. Aufl. 1865 ff. 3. Aufl. 1873 ff. Seit der vierten Auflage, veranstaltet durch Eccius — die neueste ist die sechste 1892, unter dem Titel Preußisches Privatrecht — ist das Werk mit Rücksicht auf die neuere Gesetzgebung und die eigenen Ansichten des Herausgebers sehr umgestaltet. Kürzere Lehrbücher sind von Otto Fischer 1887 und Engelmann 4. Aufl. 1890.

4. Zeitschriften: Klein Annalen der Gesetzgebung 26 Bde., Berlin 1788—1809. Amelang und Gründler Archiv des preußischen Rechts 3 Bde. Berlin 1799—1800, und Amelang neues Archiv 4 Bde. 1800—1806. Siewert Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten preußischen Landesgesetze 8 Bde. Halle 1800—1807. Mathis juristische Monatsschrift 11 Bde. Berlin 1805—1811. v. Kamptz Jahrbücher für die preuß. Gesetzgebung. Berlin 1814—1845, 65 Bde. Gans Beiträge zur Revision Bd. 1. Berlin 1830—1832. Simon und v. Strampff Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts 3 Bde. Berlin und Stettin 1828—1836. Neues Archiv für preußisches Recht sowie für deutsches Privatrecht von Ulrich, Sommer u. A. 16 Bde. Arnsberg 1834—1854. Juristische Wochenschrift 1835—1848 von F. S. A. Hinschius u. A. Ferner C. F. Koch schles. Archiv für praktische Rechtswissenschaft 6 Bde. Breslau 1837—1847. Hinschius, Franz u. Paul preuß. Anwaltszeitung. Berlin 1862—1867. Dieselben, fortgesetzt von Behrend Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege. Berlin 1867 ff. 8 Bde. Alle diese Zeitschriften sind eingegangen. Derzeit wird noch fortgesetzt J. A. Gruchot Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts 1857, später herausgegeben von Rassow und Küntzel, bis jetzt 36 Bde.

5. Abhandlungen: G. Lenz Studien und Kritiken im Gebiete des preuß., röm. und deutschen Rechts, Greifswald 1847. Bornemann Erörterungen 1. Heft, Berlin 1855. Schering Archiv für Abhandlungen 2 Bde., Berlin 1861 ff. Sonnenschmidt Praktische Erörterungen Heft 1 und 2, 1875 ff.

6. Rechtsfälle: Simon und v. Strampff Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe 4 Bde, Berlin 1828—1836. Entscheidungen des königl. Obertribunals (in amtlichem Auftrage), Berlin 1837—1879, 83 Bde.; zum ersten bis achtzigsten Bande erschien 1879 ein Generalregister. Rechtsfälle aus der Praxis des königl. Obertribunals 1847 ff. 4 Bde. Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Obertribunals von Striethorst. Berlin 1851—1880 100 Bde. Die Präjudicien des Obertribunals von 1832—1848 sind von Seligo u. A. Berlin 1849 herausgegeben; es schließen sich zwei Fortsetzungen an. Dazu kommt Johow, Jahrbuch für Entscheidungen der preußischen Appellationsgerichte 8 Bde. 1872 ff. sowie das Jahrbuch für Entscheidungen des Kammer=

gerichts 1881 ff. bis jetzt 11 Bde. Auch für das specifisch preußische Recht wichtig sind endlich die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, Erlangen 1871—1879 25 Bde. und die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen 1880 ff. bis jetzt 27 Bde., zum Theil auch die in Strafsachen, bis jetzt 21 Bde. Letztere drei Sammlungen herausgegeben von den Mitgliedern dieser Gerichte.

7. Die civilrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze sind sporadische und fragmentarische, so daß eine systematische selbständige Bearbeitung nicht leicht thunlich ist. Doch giebt es eine schätzenswerthe Zusammenstellung und Erläuterung von Mandry, der civilrechtliche Inhalt der deutschen Reichsgesetze. 3. Aufl. 1885.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Erster Abschnitt.

Die Lehre von den Rechtsquellen.

§ 15. Gesetz. Die Landesgesetzgebung.

Erst das moderne Staatsrecht schreibt das Recht der Gesetzgebung[1] ausschließlich der höchsten Gewalt im Staate zu, dem mittelalterlichen Rechte hingegen war es umgekehrt eigenthümlich, daß die einzelnen Kreise und Theile, aus denen sich das Staatsganze bildete, ihr Recht sich selbst setzten. Schon dem Landrechte ist die Gesetzgebung ein Majestätsrecht, das nur dem Könige zusteht,[2] in dessen Hand sich der Staat zu einem einheitlich gegliederten Organismus gestaltet hatte.[3][4] In Folge dessen verwirft das

---

1) Gesetz ist eine Norm d. h. eine Regel für Rechtsverhältnisse, welche von der zu deren Erlaß verfassungsmäßig befugten Gewalt in gesetzlicher Form vorgeschrieben ist. In einem weiteren Sinne ist Gesetz jede Rechtsnorm. So nimmt den Ausdruck u. A. die Civilprozeßordnung, Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 12, sowie die Konkursordnung, Einführungsgesetz zur R. K. O. § 2. Gesetze sind dispositive oder nichtzwingende, wenn sie einer abweichen Ordnung durch den Willen der Privaten Raum lassen, und zwingende, wenn dies nicht der Fall ist, vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 32.

2) Den Versuch einer verfassungsmäßigen Beschränkung des Gesetzesrechtes des Königs machte L. R. Einl. § 7: „Ein jeder Entwurf zu einer neuen Verordnung, durch welche die besonderen Rechte und Pflichten der Bürger bestimmt oder die gemeinen Rechte abgeändert, ergänzt oder erklärt werden sollen, muß vor der Vollziehung der Gesetzkommission zur Prüfung vorgelegt werden.“ Natürlich aber konnte der absolute König diese Vorschrift jeder Zeit überhaupt oder für einen besonderen Fall aufheben.

3) L. R. II, 13 § 6. Die Benennung der vom Könige erlassenen Gesetze war verschieden: Patent, Gesetz, Verordnung, Instruktion, Kabinetsordre. Letzterer Name war üblich für bloß vom Könige vollzogene und an eine Staatsbehörde, insbesondere auch an die Minister gerichtete Verfügungen.

4) Erklärungen des Königs über Rechtsverhältnisse hatten allgemeine verbindliche Kraft, sofern bei denselben die Absicht der Gesetzgebung bestand. Ob eine solche seinerzeit bei der Bestätigung von Statuten der Versicherungsgesellschaften oder Aktiengesellschaften obwaltete, oder ob die Genehmigung gemeint war unvorgreiflich des bestehenden Rechtszustandes, läßt sich nur nach Lage des Einzelfalls bestimmen, vgl. unten Bd. 2 § 231. Landtagsabschiede, mit welchen bis zur Einführung der konstitutionellen Verfassung die Provinzialstände beschieden wurden, bildeten Erklärungen des Monarchen, welche für die Staatsverwaltung von Bedeutung waren, aber nicht den Zweck hatten, unmittelbar gesetzliche Sanktionen zu treffen, Kabinetsordre vom 30. Oktober 1832, Entsch. des O. Trib. B. 81 S. 1 ff.

Landrecht die Autonomie von Einzelnen und Korporationen innerhalb des Staates; nur die höchste gesetzgebende Gewalt kann deren Satzungen rechtsverbindliche Kraft geben.[5]

Die vereinbarte Verfassung vom 31. Januar 1850 Artikel 62 beschränkte das Gesetzgebungsrecht des Königs durch die Bestimmung: „die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt.“[6] Nach dem Verfassungsrecht ist vom Gesetz im materiellen Sinn, d. h. einer gesetzlichen Rechtsregel, das Gesetz im formellen Sinn zu unterscheiden, d. h. ein in Uebereinstimmung mit der Volksvertretung in den ordentlichen Formen der Gesetzgebung vollzogener staatlicher Willensakt. Es giebt einerseits bloße Verwaltungsakte — insbesondere das Budgetgesetz — welche in Gesetzesform festgestellt sein müssen. Andererseits haben zahlreiche Staatsakte zwar die Natur, nicht aber die Form und den Namen eines Gesetzes. Dies gilt von den durch den König auf Grund besonderer Delegation der Gesetzgebung erlassenen Verordnungen, z. B. derjenigen über die Bildung der ersten Kammer. Es können ferner Ausführungsverordnungen, deren Erlaß dem König verfassungsmäßig zusteht, hierher gehören.[7] Dies sind Normen oder Verfügungen mit der Bestimmung, die im Gesetz niedergelegten Vorschriften näher zu bestimmen und praktisch durchzuführen.[8] Es haben endlich solchen Charakter die Nothverordnungen mit Gesetzeskraft. Der König ist nämlich nach Artikel 63 der Verfassung in Nothfällen berechtigt, unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums solche Verordnungen, wenn der Landtag nicht versammelt ist, ohne dessen Zustimmung zu

---

5) Einl. des L. R. § 2. Die sogenannte Autonomie, wie sie die rheinischen und westphälischen ritterschaftlichen Geschlechter in Hinsicht ihrer Dispositionen über ihren Nachlaß nach der Kabinetsordre vom 16. Januar 1836 und 21. Januar 1837 haben, ist nichts anderes als ein gesetzliches Privilegium, welches die Testirfreiheit gewisser Familien erweiterte. Die so gewährleisteten Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, nicht Gesetze. Die Autonomie der ehemals reichsständischen und mediatisirten Häuser hingegen besteht in gewissem Umfange als Rest ihrer ehemaligen Souveränetät auf Grund der deutschen Bundesakte Art. 14 und der sich anschließenden — unten § 29 Anm. 4 citirten — preußischen Gesetze bei uns fort. Anders Gerber, Archiv f. civ. Pr. Bd. 37 S. 35 ff. Vgl. aber Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 1 § 19 ff.

6) Ebenso nach der oktroyirten Verfassungsurkunde vom 5. December 1848.

7) Verf.-Urk. Art. 45.

8) Hinsichtlich der vor Inkrafttreten der Verfassung vom König erlassenen allgemein verbindlichen Normen ist nunmehr zu unterscheiden zwischen solchen, die den Charakter von Gesetzen an sich tragen und solchen, die nur Ausführungsverordnungen waren, eine Unterscheidung, die seiner Zeit bei deren Erlaß nicht gemacht wurde, weil sie damals keine praktische Bedeutung hatte. Erstere können als Gesetze nur im Wege der Gesetzgebung, letztere auf dem der Verordnung aufgehoben werden. Welchen Charakter aber solche ältere königliche Bestimmungen haben, richtet sich nicht nach ihrem Namen und der Art ihrer Publikation, sondern nach ihrem Inhalte, vgl. Verf. Urk. Art. 109, Wächter Bd. 2 S. 31.

erlassen,[9] sofern sie der Verfassung nicht zuwiderlaufen.[10] Jedoch müssen sie dem Landtage sofort bei dessen Zusammentritt zur Genehmigung vorgelegt werden. Um deswillen haben diese Verordnungen aber nicht etwa eine bloß bedingte Kraft, so daß sie bei Versagung der Genehmigung rückwärts hin zusammenfielen. Denn eine bloß bedingt wirkende Gesetzesnorm ist mit dem Wesen des Gesetzes als bindender Vorschrift nicht vereinbar und die Einführung einer solchen lag auch nicht in der Absicht der Verfassung. Ebensowenig ist eine solche Verordnung, wie man annehmen möchte, in ihrer zeitlichen Geltung begrenzt. Vielmehr erstreckt sich deren Wirkung, ohne Rücksicht darauf, daß ihre Veranlassung in einem augenblicklichen Nothstande lag, in die Zukunft, falls die Genehmigung durch den Landtag erfolgt,[11] es sei denn, daß die Verordnung sich von vorn herein nur vorübergehende Kraft gab. Fraglich kann bloß sein, ob eine solche Verordnung unmittelbar mit der Versagung der Genehmigung eines der Häuser des Landtags außer Kraft tritt, oder ob sie erst mit der Publikation dieser Thatsache durch die Krone ihre Geltung verliert.[12] Das Letztere ist das

---

9) Ueber die für Nothverordnungen nöthige Form siehe unten § 18 Abs. 1.

10) Bis zur vierten Auflage zogen wir hieraus den Schluß, daß der Erlaß einer Verordnung mit Gesetzeskraft in der Regel ausgeschlossen sei, wo die Verfassung einen Gegenstand „einem Gesetze" ausdrücklich vorbehalten habe. In dieser Allgemeinheit ist der Satz nicht haltbar. Es wurde allerdings seiner Zeit in der zweiten Kammer ein Antrag eingebracht, nach welchem von der Oktroyirung ausgeschlossen sein sollte die dem Gebiete der Verfassung angehörige oder die in derselben ausdrücklich vorbehaltene Gesetzgebung. Derselbe wurde aber abgelehnt. In der ersten Kammer war ein ähnlicher Antrag gestellt, aber zurückgezogen. Man wendete ein, es werde damit der Oktroyirung alles Gebiet entzogen. Demnach hat man in Fällen, in welchen man die Oktroyirung absolut ausschließen wollte, die Fassung gewählt: die Aenderung solle nur auf dem ordentlichen Weg der Gesetzgebung — Verf.-Urk. Art. 107 — nur durch ein mit Zustimmung der Kammern zu erlassendes Gesetz — Gesetz vom 7. Mai 1853 über die Bildung der ersten Kammer — verstattet sein; vgl. auch Art. 95 der Verf.-Urkunde in ihrer Gestalt vor dem Gesetz vom 21. Mai 1852. Bei dieser Sachlage läßt sich nur behaupten, daß es nicht entsprechend wäre, die von der Verfassung in Aussicht genommenen organischen Gesetze im Wege der Oktroyirung allgemein zu regeln, daß aber einzelne Maßnahmen auch auf dem Gebiet, das solchen Gesetzen vorbehalten ist, der Oktroyirung unterliegen. Dies entspricht auch der Praxis, wie folgende oktroyirte, vom Landtag genehmigte, Verordnungen ergeben: die V. vom 4. Juli 1850, betr. die gerichtlichen Instanzen in Hohenzollern (Art. 89 der Verf.-Urk.), V. vom 13. Mai 1866, betr. Veräußerung von Geschützen (Art. 9 der Verf.-Urk.), V. vom 7. Juni 1866, betr. die Wahlen der in Schleswig stehenden Truppen (Art. 69 der Verf.-Urk.), V. vom 24. August 1882, betr. den lauenburgischen Kommunalverband (Art. 105 der Verf.-Urk.).

11) Sie kann daher auch nicht als provisorisches Gesetz bezeichnet werden. So geschah die Aufhebung der sog. Wuchergesetze für chirographische Darlehen zunächst durch eine vor Ausbruch des deutschen Krieges am 12. Mai 1866 erlassene Verordnung mit Gesetzeskraft. Da derselben die verfassungsmäßige Zustimmung der beiden Häuser des Landtages ertheilt wurde, so waren hiermit die Beschränkungen der Höhe des Zinsfußes bei solchen Darlehen für die Dauer beseitigt. Unten Bd. 2 § 36.

12) Die Wiederaufhebung hat die Wirkung und den Zweck, daß die früher bestehenden Gesetze wieder hergestellt werden, nicht daß nur ein Vakuum eintritt.

Richtige,[13] da der Richter von der Versagung der Genehmigung durch den Landtag amtliche Kenntniß nicht erhält und einmal publicirte Normen der Regel nach wieder durch besondere Publikation außer Kraft gesetzt werden müssen; daher bedarf es auch umgekehrt der Publikation der Genehmigung durch den Landtag nicht, weil die Verordnung bis zur Publikation ihrer Aufhebung fortwirkt.[14] Wie groß aber auch die materielle Kraft der Verordnungen mit Gesetzeskraft ist, formell sind der konstitutionellen Uebung entsprechend Gesetze nur die mit der Landesvertretung vereinbarten Dispositionen.

In beschränktem Maße findet sich eine Delegation der gesetzgebenden Gewalt an Verwaltungsbehörden.[15] Dieselben sind befugt, in polizeilichem Interesse[16] unter Androhung einer Geldstrafe allgemein verbindliche Normen — Polizeiverordnungen — zu verkünden. Solche Verordnungen müssen sich ausdrücklich als Polizeiverordnung bezeichnen,[17] auf die für sie grundlegenden Gesetzesbestimmungen Bezug nehmen, gehörig verkündet werden und dürfen nicht mit den Gesetzen und nicht mit den Anordnungen der vorgesetzten Behörden im Widerspruch stehen. Alles zur Vermeidung der Richtigkeit.

§ 16. Die Reichsgesetzgebung.

Seit der Begründung des norddeutschen Bundes und der Aufrichtung des deutschen Reiches erhielt der Bund, und nach ihm das Reich, wie in den anderen Bundesstaaten, so in Preußen das Recht der Gesetzgebung. Die

---

13) Es versteht sich, daß die Staatsregierung verfassungsmäßig verpflichtet ist, sofort nach ausgesprochenem Dissens eines der Häuser des Landtags die Nichtgenehmigung der Verordnung auszusprechen. Thut die Regierung dies nicht, so verletzt sie die Verfassung und ist wegen Verfassungsverletzung verantwortlich.

14) Jedoch pflegt eine derartige Bekanntmachung Seitens des Staatsministeriums zu erfolgen.

15) Die grundlegenden Bestimmungen über diese Delegation enthält das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 § 5—16; Gegenstände, über welche Vorschriften erlassen werden können, enthält § 6; das Gesetz gab das Recht zur Erlassung von Polizeiverordnungen den Ortspolizeibehörden und den Bezirksregierungen; die Strafe war höchstens 30 Mark. Nunmehr ist das Polizeiverordnungsrecht vorzugsweise geregelt durch das Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 § 136. Das Polizeiverordnungsrecht ist auf alle Verwaltungsinstanzen ausgedehnt, aber abgesehen von dem der Minister an die Zustimmung der Kollegien der Selbstverwaltung gebunden. Ortspolizeiliche Vorschriften bedürfen in Städten, soweit sie zum Gebiete der Sicherheitspolizei gehören, nicht der Zustimmung des Gemeindevorstandes. Die Geldstrafe kann vom Landrath und den Magistraten auf dreißig Mark, vom Oberpräsidenten und Regierungspräsidenten auf sechzig Mark, vom Minister auf hundert Mark gesetzt werden. Nach dem Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 196 ff., § 208 steht auch den Oberbergämtern ein Recht zu Polizeiverordnungen in ihrer Aufsicht unterworfenen Angelegenheiten zu. Vgl. vorzugsweise Rosin Polizeiverordnungen 1880.

16) Daher ist L. R. II 17 § 10, wo die Aufgabe der Polizei bezeichnet wird, bindende Schranke.

17) Polizeigesetz § 11 Abs. 2 Gesetz über die a. Landesverwaltung § 140.

Reichsgesetze gehen, wie dies schon für die Gesetze des norddeutschen Bundes galt, den Landesgesetzen vor.[1] Die Reichsgesetzgebung wird gemeinsam durch den Bundesrath und den Reichstag ausgeübt, die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetz erforderlich und ausreichend.[2] Sie erhalten jedoch nur Verbindungskraft durch die Ausfertigung und Verkündigung im Reichsgesetzblatt, welche dem Kaiser zusteht.[3] Der Zuständigkeit des Reichs unterliegt unter Anderem die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht und das gerichtliche Verfahren.[4]

Der Bundesrath ist befugt, zur Ausführung der Gesetze allgemeine Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen zu beschließen. Ein weitergehendes Verordnungsrecht wird indessen dem Bundesrathe oder auch dem Kaiser oder den Landesregierungen oder anderen Behörden nicht selten durch Specialgesetze eingeräumt.[5]

§ 17. Authentische Interpretation. Erklärende Justizministerialreskripte.

1. Authentische Erklärung — Interpretation — ist Feststellung des Inhaltes eines Gesetzes durch eine Rechtsquelle.[1] Dieselbe bezweckt, den Richter zu nöthigen, das ältere Gesetz so auszulegen, als wenn der in dasselbe später hineingetragene Sinn von jeher in demselben gelegen hätte.[2] Sie hat also rückwirkende Kraft. Daher muß die authentische Interpretation sonder Zweifel alle Voraussetzungen eines neuen Gesetzes an sich tragen, sowohl in

---

1) Reichsverfassung vom 16. April 1871 Art. 2. Landesgesetze dürfen daher älteren Reichsgesetzen nicht widersprechen. — Sofern dies dennoch angeblich geschähe, könnte das Reich nach Beschluß des Bundesrathes einschreiten und die Beseitigung fordern. Vgl. Reichsverfassung Art. 19. Auch erkennt das Reichsgericht derartige Landesgesetze nicht an. Dagegen bliebe der preußische Richter an das Landesgesetz an sich gebunden. Anders Laband, Staatsrecht Bd. 2 S. 119.

2) Reichsverfassung Art. 5 Abs. 1.

3) Reichsverfassung Art. 2. Art. 17.

4) Reichsverfassung Art. 4 n. 13. Der Zuständigkeit des Bundes beziehungsweise Reiches unterlag ursprünglich vom bürgerlichen Recht nur Obligationen-, Handels- und Wechselrecht. Die n. 13 des Art. 4 erhielt ihre gegenwärtige Fassung durch Gesetz vom 20. December 1873, betr. die Abänderung der n. 13 des Art. 4 der Verfassung des deutschen Reiches. Nur die „gemeinsame" Gesetzgebung gehört nach diesem Gesetz zur Zuständigkeit des Reiches, nicht die Fortbildung eines einzelnen Partikularrechtes. Laband Staatsrecht Bd. 2 S. 98.

5) Reichsverfassung Art. 7 Abs. 2. Laband a. a. O. Bd. 2 S. 67 ff.

1) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 37 über gemeines Recht.

2) Unbestritten ist die authentische Interpretation auch auf schwebende Prozesse von Einfluß. Rechtskräftig Entschiedenes kann jedoch auf Grund derselben nicht mehr in Frage gestellt werden. L. R. Einl. § 15, vgl. nov. 143. Kann aber auf eine Zahlung zurückgefordert, ein Vergleich angefochten werden? Dafür nach formaler Konsequenz Wächter Würt. Pr. R. Bd. 2 S. 152 Nr. 3. Unger Bd. 1 § 14 not. 18. Gewiß aber ist als Absicht der Interpretation nicht anzunehmen, bereits Abgemachtes wieder anfechtbar zu machen. — Daß ein Gesetz die authentische Interpretation eines

Bezug auf Zustimmung der Volksvertretung, als auf die Formen der Veröffentlichung. Die authentische Interpretation eines dem bürgerlichen Recht angehörenden Landesgesetzes ist nur durch Landesgesetz, die authentische Interpretation eines Reichsgesetzes nur durch Reichsgesetz zulässig. Die authentische Interpretation geht vorzugsweise aus der Absicht hervor, Konflikte zwischen den Anschauungen der Gerichte und den Auffassungen der gesetzgebenden Gewalten durch den Spruch der letzteren zu beendigen.[3] Sie kann unter Umständen Ausdruck einer freieren Auffassung gegenüber einer Buchstabenjurisprudenz und selbst politische Nothwendigkeit sein; aber Nothbehelf ist sie immer.

2. In den ersten Jahren nach Erlaß des Landrechts schrieb man sogar den Reskripten des Justizministers die Kraft einer authentischen Interpretation der Gesetze zu.[4] Schon durch die Kabinetsordre vom 6. September 1815 wurde jedoch bestimmt, daß die Gerichte in ihren Entscheidungen durch Urtel und Recht nicht an die Bestimmungen des Justizministers gebunden seien. Dergleichen Verfügungen haben seitdem nur Bedeutung durch ihren inneren Werth oder Gewicht in Folge ihrer Annahme durch die Praxis.[5]

3. Zur Erläuterung der in den repräsentativen Körperschaften des Landes und des Reiches verhandelten Gesetze liefern Anhaltspunkte die den Regierungsvorlagen in der Regel zugefügten Motive, ferner die Kommissionsberichte, die Erklärungen der Regierungskommissare, endlich die Vorträge der Berichterstatter und der einzelnen Mitglieder der Häuser in den Plenarberathungen. Eine authentische Interpretation ist in diesen

---

älteren Gesetzes bilde, ist nicht zu unterstellen, da in ihr stets eine Ausnahmsmaßregel liegt. Dennoch genügt es, daß der Wille des Gesetzgebers, authentisch zu interpretiren, klar vorliegt; die ausdrückliche Bezeichnung eines Gesetzes als authentische Interpretation ist nicht nothwendig. So betrachtete das Reichsgericht Entsch. Bd. 1 S. 365 die dem später ganz aufgehobenen Art. 15 der Verfassungsurkunde durch das Gesetz vom 5. April 1873 gegebene Fassung als deklaratorisch und dessen ursprünglichen Sinn fixirend, obgleich dies das Gesetz nicht ausdrücklich aussprach.

3) Ein Beispiel bildete das Gesetz vom 31. Mai 1880, betr. die authentische Erklärung und die Verlängerung des Socialistengesetzes, wodurch die von dem Kammergericht in Abrede gestellte Unwirksamkeit der polizeilichen Ausweisung gegenüber dem Recht der ausgewiesenen Reichstagsabgeordneten, im Reichstag zu erscheinen, mit rückwirkender Kraft festgestellt wurde.

4) Vgl. Reskript vom 6. März 1805 (N. C. C. tom. XII, S. 663) und Reskript vom 3. November 1810 (bei Mathis Bd. 9 S. 511), daß „die Reskripte des Justizministeriums als gesetzliche Erklärungen der Gesetze angesehen werden", insbesondere aber Stölzel Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung Bd. 2 S. 432. Die Justizministerialverf. v. 1839—1878 in ihrer heutigen Geltung stellt zusammen Basch 1884.

5) Bis zur Verordnung vom 21. Juli 1846 § 35 war das Justizministerium Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen, bei denen ein Rechtsmittel unzulässig war. Hierdurch wurden viele Reskripte veranlaßt, welche natürlich nur die Kraft von Präjudicien hatten. Seit jener Verordnung unterstehen der Zuständigkeit des Justizministeriums nur Beschwerden über Angelegenheiten der Justizverwaltung, insbesondere über Geschäftsbetrieb und Verzögerungen. Vgl. Preuß. Ausf.-Gesetz zum G. V. G. vom 24. April 1878 § 85, V. vom 2. Januar 1849 § 35.

Materialien nicht zu sehen; denn es liegen in ihnen wohl Auffassungen der Faktoren, welche das Gesetz vorbereiten, der Wille des Gesetzes aber verkörpert sich nur in den publicirten Normen. Allerdings werden jene Materialien nicht selten die Grundgedanken und die geistige Atmosphäre, in welcher das Gesetz wurzelt, auf das Beste vergegenwärtigen, sie enthalten aber kaum weniger häufig Einseitiges und Improvisirtes, den Ausdruck individueller Ansichten, bloß dem augenblicklichen Zweck des Zustandebringens des Gesetzes Angepaßtes, wie dies der Redekampf parlamentarischer Versammlungen mit sich bringt.[6]

§ 18. Form, Publikation der Gesetze.

1. Der absolute Staat kannte keine schlechthin bindende Form für den Erlaß der Gesetze, weil der Wille des Monarchen, welcher allein entscheidend war, die Form, in der er sich ausdrückte, stets wieder eigenmächtig aufs neue gestalten konnte. War daher schon von Friedrich Wilhelm I. eigenhändige Unterschrift des Königs und Kontrasignatur des Ministers vorgeschrieben,[1] so war gleichwohl die verbindende Kraft bloß mündlicher Bestimmungen des Königs nicht zweifelhaft, welche als „aus allerhöchstem Specialbefehl" hervorgegangen, von den Ministern publicirt wurden. Erst seit Einführung der Verfassung ist die Unterschrift des Königs, sowie die Gegenzeichnung eines Ministers, und bei den auf Grund des Art. 63 der Verfassung erlassenen Nothverordnungen — oben § 15 — Gegenzeichnung aller Minister Bedingung gesetzlicher Geltung. Reichsgesetze fordern die Unterschrift des Kaisers und die Gegenzeichnung des Reichskanzlers.[2]

2. Voraussetzung der Verbindungskraft eines Gesetzes ist dessen Verkündigung — Publikation. Diese war ursprünglich[3] eine lokalisirte und ist nur schrittweise eine centralisirte geworden. Nach Landrecht erfolgte die Publikation durch Anschlagen des Gesetzes an den herkömmlichen öffentlichen Orten, insbesondere den Kirchthüren, Rathhäusern, Schulzengerichten und durch die außerdem nöthige auszügliche Anzeige in den Intelligenzblättern der Provinz.[4] Lokalisirt war auch noch[5] die Publikation

6) Vgl. G. F. H. Meyer bei Gruchot Beiträge Bd. 23 S. 1 ff., R. G. Bd. 22 S. 143.

1) Verordnung vom 25. März 1719, C. C. M. II, 1 S. 671, wiederholt durch Reskript vom 3. Januar 1728, ebendaselbst S. 789.

2) Art. 44 und 45 der Verf.-Urk., Art. 17 der Reichsverfassung; vgl. oben § 16 Anm. 3.

3) Die Verordnungen vom 22. Januar 1716, C. C. M. I, 1 S. 525 und 526, vom 24. August 1717, II, 1 S. 614 ff. bestimmen das ältere Verfahren näher.

4) Einl. des L. R. § 11. Aehnlich in anderen deutschen Territorien Stobbe Deutsches Pr. R. B. 1 § 18.

5) Keinen neuen Publikationsmodus erschuf das Publikationspatent zur Ausgabe des Landrechts vom 12. April 1803. Zwar ward hier bestimmt, die Richter sollten auf keine Privatgesetzessammlung Rücksicht nehmen, sondern sich nur an diejenigen Gesetze

nach der Verordnung vom 28. März 1811. Nach ihr erhielten die Gesetze dadurch Kraft, daß sie im Amtsblatt des Regierungsdepartements entweder vollständig abgedruckt oder doch auszüglich unter Verweisung auf die Gesetzsammlung angezeigt wurden. Schon vorher war bestimmt, daß alle allgemeinen Gesetze in die Gesetzsammlung aufgenommen werden sollten, ohne daß dies jedoch für deren verbindliche Kraft an sich entscheidend war.[6] Erst das Gesetz vom 3. April 1846 koncentrirte die Publikation und machte dieselbe von der Aufnahme in die Gesetzsammlung allein abhängig. Der Beginn der Verbindungskraft wurde dabei an einen je nach den Regierungsbezirken verschiedenen Zeitraum von 8 bis 14 Tagen nach dem Tage der Ausgabe des bezüglichen Stückes der Gesetzsammlung in Berlin geknüpft;[7] jetzt hat das Gesetz vom 16. Februar 1874 das Inkrafttreten zweckmäßigerweise ohne Rücksicht auf die Entfernungen allgemein auf den Beginn des vierzehnten Tages nach dem Ablauf des Tages der Ausgabe des bezüglichen Stücks der Gesetzsammlung in Berlin gesetzt.[8] [9] In ähnlicher Weise erhalten die Reichsgesetze verfassungsmäßig durch gehörige Verkündigung im Reichsgesetzblatt Verbindungskraft im gesammten Reich mit dem Beginn des vierzehnten Tages nach Ablauf des Tages der Ausgabe des betreffenden Gesetzblattes in Berlin.[10]

Jedes Gesetz kann übrigens über den Zeitpunkt seines Inkrafttretens abweichende Bestimmungen treffen, sei es indem es den Beginn früher setzt als die Regel ist, sei es, daß, was häufiger vorkommt, ein späterer Termin der Verbindungskraft vorgesehen wird.[11] In der Zeit zwischen der Publikation und dem Eintritt jener Verbindungskraft kann das Gesetz zwar noch nicht

---

halten, welche ihnen zugefertigt, gehörig publicirt, auch durch das neue Archiv und hiernächst durch die akademische Ediktensammlung zu ihrer Kenntniß gebracht würden. Hiermit sollte jedoch bloß darüber Vorschrift gegeben werden, welche Abdrücke der Gesetze von den Richtern als authentisch citirt werden könnten, während die Frage, was Gesetzeskraft habe, hierdurch unberührt blieb.

6) Verordnung vom 27. October 1810 §§ 1 und 2, Kabinetsordre vom 24. Juli 1826. Entsch. d. R. G. in Strafsachen Bd. 2 S. 103.

7) Verwandte Bestimmungen gab in Frankreich der code civ. und die Ordre vom 27. November 1816, wonach die Promulgation der Gesetze durch die Aufnahme in das bulletin des lois erfolgt, dieselben aber erst nach gewissen durch die Entfernung des Hauptortes des Departements bemessenen Tagen Geltung erhalten.

8) Der Tag der Ausgabe in Berlin wird daher am Fuß des Gesetzblattes vermerkt.

9) Ueber die Publikation der Polizeiverordnungen oben § 15 bei Anm. 16. Nach dem Gesetz vom 30. Juli 1883 tritt die Polizeiverordnung mit dem achten Tage nach Ablauf des Ausgabetages des betreffenden Amtsblattes in Kraft, sie bestimme denn selbst einen andern Termin.

10) Reichsverfassung Art. 2. In Konsularjurisdiktionsbezirken treten die Reichsgesetze nach Ablauf von 6 Monaten vom Tage der Verkündigung durch das Reichsgesetzblatt ein, Gesetz vom 8. November 1867 § 24 Abs. 2, vgl. Laband Staatsrecht Bd. 2 S. 103.

11) Belege für beides enthalten die verschiedenen §§ des Gesetzes vom 4. Juni 1884 gegen den verbrecherischen Gebrauch von Sprengstoffen.

angewendet werden; gleichwohl gehen in der Zwischenzeit etwa erlassene widersprechende Gesetze als jüngere Rechtsnormen ihm vor.[12]

Die in die Gesetzessammlung und in das Reichsgesetzblatt übergegangene Fassung ist die maßgebende. Druckfehler zu verbessern ist Sache des Interpreten des Gesetzes.

§ 19. Prüfung der Gültigkeit der Gesetze.

1. Der Richter hat von Amtswegen die einheimischen Gesetze zu kennen und anzuwenden; dies gilt für Reichsgesetze, Landesgesetze und Polizeiverordnungen. Er hat daher nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ob eine Urkunde, welche sich als ein Gesetz oder eine gleichstehende Verordnung darstellt, die Bedingungen der Gültigkeit an sich trägt.[1] Dies ist in Preußen aber schlechthin anerkannt nur bezüglich der Polizeiverordnungen.[2]

2. Dagegen hat die preußische Verfassung Artikel 106 die besondere Bestimmung, daß die Prüfung der Gültigkeit der vom Könige in der gesetzlichen Form verkündeten Verordnungen nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zusteht. Die richterliche Prüfung erstreckt sich daher hier nur noch auf die äußere Form des Gesetzes, also die Aufnahme in die Gesetzsammlung, sowie die Unterschrift des Königs und der Minister. Würde jedoch die Frage je streitig, wer legitimer König von Preußen sei, so könnte der Richter in die Lage kommen, zur Feststellung der Geltung der von einem der Prätendenten publicirten Gesetze über die Legitimitätsfrage sein Urtheil abzugeben.

Entzogen ist dem Richter durch den gedachten Artikel der Verfassung vorzugsweise die Beurtheilung der Frage, ob die verfassungsmäßige Zustimmung des Landtags eingeholt sei, und ob eine oktroyirte königliche Verordnung sich innerhalb der Schranken des Art. 63 der Verfassung halte.[3] Immerhin wird der Richter eine vom König erlassene Verordnung, deren Tragweite und Sinn zweifelhaft ist, so zu interpretiren haben, daß sie möglichst mit der Verfassung übereinstimmt. Denn es ist im Zweifel anzunehmen, daß eine

---

12) Daher geht die Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, welche mit dem 1. October in Kraft trat, dem Reichshandelsgesetzbuche vom 5. Juni 1869 vor, welches mit dem 1. Januar 1870 in Kraft trat. Anders Behrend Handelsrecht § 17 Anm. 13.

1) Die Frage ist gemeinrechtlich bekanntlich sehr bestritten. Für die Bejahung vornehmlich Wächter Bd. 2 S. 26 ff., Gneist: „Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen", Gutachten für den vierten deutschen Juristentag. Berlin 1863.

2) Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 § 17. Rosin a. a. O. S. 185 ff.

3) Oben § 17. — Auch dem Reichsgericht stehen diese Beschränkungen bei der Anwendung der vom Könige von Preußen erlassenen Verordnungen entgegen. Die bezügliche Prüfung ist Sache der Häuser des preußischen Landtages.

königliche Verordnung sich innerhalb der verfassungsmäßigen Schranken halte.

3. Die Reichsverfassung beschränkt das Recht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze zu prüfen, nicht. Den Reichsgesetzen gegenüber ist daher das Prüfungsrecht auch des preußischen Richters ein unbeschränktes, da die besondere Bestimmung der preußischen Verfassung sich nur auf preußische Gesetze bezieht. Die Prüfung bezieht sich auch auf die Frage der Zuständigkeit des Reiches.[4]

§ 20. Kenntniß des publicirten Gesetzes. Rechtsirrthum.

Wenn auch die Publikation des Gesetzes erfolgt, um den Unterthanen die Möglichkeit seiner Kenntnißnahme zu verschaffen, so ist doch die verbindende Kraft des Gesetzes keineswegs von der thatsächlichen Verwirklichung dieser Absicht abhängig. Vielmehr stellt das Gesetz seine Vorschriften als schlechthin verpflichtend auf. Sache des Einzelnen ist es, sich von dem Inhalte der Gesetze, soweit derselbe ihn angeht, in Kenntniß zu erhalten. Unkenntniß und Irrthum der Betheiligten ist daher namentlich dann unerheblich, wenn das Gesetz seine Rechtsfolgen an einen objektiven Thatbestand knüpft, z. B. bei Vorschriften über wesentliche Formen von Rechtsgeschäften.

Zu einem schwierigen Problem wird die Behandlung des Rechtsirrthums, wenn sich die Gesetzesfolge an ein Wissen oder Nichtwissen der Betheiligten knüpft, insbesondre aber an eine Schuld derselben, die an sich Kenntniß der verbietenden oder gebietenden Rechtsnorm voraussetzt. Allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, daß die Unkenntniß eines inländischen in der gesetzlichen Form verkündeten Gesetzes unentschuldbar ist.[1] Es macht hiefür keinen Unterschied, ob es sich um Reichs- oder Landesgesetze oder um örtliche Gesetze,[2] insbesondere auch um bloße Polizeiverordnungen handelt, ebensowenig, ob der Irrthum das Bestehen oder den Inhalt des Gesetzes betrifft. Irrthum über

---

4) Vgl. auch Art. 2 der R. V. Umgekehrt nimmt Laband Staatsrecht Bd. 2 S. 61 an: selbst wenn man nach dem öffentlichen Recht eines deutschen Bundesstaates ein richterliches Prüfungsrecht der Landesgesetze annehmen wollte, so bestehe ein solches Prüfungsrecht den Reichsgesetzen gegenüber nicht. Er stützt sich vorzugsweise auf Art. 18 der Reichsverfassung: „dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze zu.“ Allerdings hat hiernach der Kaiser vor der Ausfertigung zu prüfen, ob ein Reichsgesetz zu Stande kam, und dies Resultat hat eine hohe Autorität, allein es ist nicht zu erweisen, wie Laband annimmt, daß dem Kaiser das Recht der Ausfertigung zum Zweck der Prüfung gegeben ist, noch weniger, daß die so angestellte Prüfung jede andere ersetzen sollte. Unentschieden läßt die Frage des richterlichen Prüfungsrechts R. G. Bd. 24 S. 3, bejaht dieselbe aber bezüglich der Verordnungen des Reichs.

1) L. R. Einl. § 12. Unrichtige Auffassung des Gesetzes ist von der unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter dasselbe zu unterscheiden. Erstere ist unentschuldbar, letztere kann entschuldbar sein, Striethorst Archiv Bd. 57 S. 278.

2) So auch R. G. Bd. 18 S. 263 bezüglich der Provinzialgesetze und Statuten.

Gewohnheitsrechte[3] und Observanzen, desgleichen über fremde Gesetze ist dagegen nicht nothwendig unentschuldbar.[4]

Die Behandlung des unentschuldbaren Irrthums, insbesondere des Rechtsirrthums kann verschieden sein. Entweder nämlich bleibt er unberücksichtigt, so daß er wie nicht bestehend behandelt wird, oder er wird zwar berücksichtigt, macht aber den unentschuldbar Irrenden nach Maßgabe der in seinem Irrthum liegenden Verschuldung verantwortlich.

Schlechthin unbeachtet bleibt der Rechtsirrthum über Strafgesetze auf dem Gebiete des Strafrechts. Es ist unzulässig, sich auf denselben zu berufen, um das Nichtvorhandensein von strafrechtlichem Dolus oder Fahrlässigkeit darzuthun. Wird hiernach die Kenntniß des Strafrechts bei Jedermann schlechthin vorausgesetzt,[5] so kann doch der Irrthum über Rechtssätze des Civilrechts den strafrechtlichen Dolus ausschließen.[6] [7]

Das preußische Civilrecht schlägt einen andern Weg ein. Denn auch auf unentschuldbaren Irrthum kann man sich in der Regel stützen. Es ist z. B. eine Rückforderung zulässig, wenn man auf Grund eines Rechtsirrthums eine Nichtschuld zahlte.[8] Wer aber durch unentschuldbaren Irrthum Dritte benachtheiligte, ist in Schuld; um deswillen kann er die regelmäßigen Rechte eines gutgläubigen Erwerbers z. B. bezüglich der ordentlichen Ersitzung nicht beanspruchen.[9] Und wer durch unentschuldbaren Irrthum Andere beschädigt, so ist dieser nach Maßgabe seiner Verschuldung schadensersatzpflichtig und mindestens auf den Betrag der Bereicherung haftbar.[10]

§ 21. Gewohnheitsrecht.

Das Landrecht erkennt das Gewohnheitsrecht als regelrechte Rechtsquelle nicht an.[1] Dies gilt ebensowohl für Gewohnheiten, welche Lücken der

---

3) R. G. Bd. 18 S. 264.

4) Solche Rechtssätze braucht nicht einmal der Richter zu kennen, R. C. P. O. § 265, unten § 26 Anm. 24.

5) Berner deutsches Strafrecht § 125. Das R. G. hat dies in den Entsch. in Strafsachen Bd. 2 S. 268, Bd. 3 S. 184, S. 300, Bd. 4 S. 234 sehr entschieden festgehalten. In Nachdrucksachen ist jedoch nach § 18 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 die Berücksichtigung des Rechtsirrthumes über die Grenzen des strafbaren Nachdrucks vorgeschrieben, vgl. Entsch. des R. G. in Strafsachen, Bd. 4 S. 351. Die besondere Modifikation von L. R. Einl. § 13 ist nach § 2 des Einf. Ges. zum R. St. Ges. B. für das Strafrecht nicht mehr maßgebend, R. G. in Strafsachen Bd. 19 S. 89.

6) Dieser Irrthum gilt als unter Strafgesetzbuch § 59 Abs. 1 fallend. Entsch. des R. G. in Strafsachen Bd. 7 S. 65.

7) Das römische Recht ignorirte den Rechtsirrthum auch auf dem Gebiete des Civilrechts, behandelte die Sache mithin so wie wenn mit Kenntniß gehandelt wäre. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 87 ff.

8) L. R. I, 16 § 166 ff., vgl. unten Bd. 2 § 289 unter 3.

9) Vgl. unten § 174 unter 1, aber auch § 177.

10) Näheres siehe unten § 109.

1) L. R. Einl. § 1 ff.

Gesetze ergänzen (praeter legem), als für solche, welche dem Gesetze zuwiderlaufen (contra legem). Doch nur gemeines Gewohnheitsrecht verwarf man so schlechthin, nicht aber partikulares:

1) Insbesondere hat die landrechtliche Legislation die Geltung von Observanzen anerkannt, insoweit dieselben den Gesetzen nicht widersprechen.[2 3] Observanz ist Gewohnheitsrecht, welches örtliche oder korporative Verhältnisse innerhalb einer engeren korporativen Gemeinschaft regelt. Sie setzt voraus die gleichförmige und ununterbrochene Uebung während rechtsverjährter Zeit, d. h. mindestens der Zeit von zehn Jahren.[4]

2) Außerdem sind in Kraft geblieben dem Provinzialrecht angehörende Gewohnheiten und Observanzen,[5] selbst wenn dieselben mit dem Landrechte in Widerspruch stehen, vorausgesetzt, daß sie nachweisbar bereits zur Zeit des Inkrafttretens des Landrechts rechtsverbindliche Kraft hatten. Diese fortdauernde Geltung des Gewohnheitsrechtes lag keineswegs in den Intentionen der landrechtlichen Gesetzgebung. Sie erhielt sich aber, weil das Landrecht dem damals bestehenden Provinzialrechte gegenüber nur subsidiäre

2) L. R. Einl. § 4. Der Begriff der Observanz ist im Landrechte nicht bestimmt und nicht unbestritten. Man pflegte die Observanz zur Zeit des Erlasses des Landrechts aufzufassen als eine Entscheidungsnorm, welche innerhalb einer universitas personarum durch stillschweigenden Vertrag der Betheiligten Geltung erhielt. — Spangenberg, de observ. imperii, Halle 1794. Glück Bd. 1 § 84 Anm. 52, vgl. jedoch R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 889.

3) Allseitig anerkannt wird die Möglichkeit der Bildung neuer Observanzen im preußischen Recht freilich nur da, wo das L. R. auf sie besonders verweist, wie II, 6 § 3, II, 11 § 222, doch überwiegt neuerdings die Ansicht, wonach die Bildung von Observanzen praeter legem auch sonst zulässig ist. Striethorst Archiv Bd. 71 S. 249 und 252. Contra legem sind nur solche Gewohnheiten, die einer zwingenden Rechtsnorm entgegenlaufen, mag dieselbe ausdrücklich ausgesprochen oder indirekt festgestellt sein; vgl. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 299. Observanzen gegenüber Dispositivgesetzen sind daher nicht als unzulässig zu erachten. Beispiele in der Praxis anerkannter Observanzen sind Uebungen bezüglich der Kirchen- und Schulbaulast, Wegebaulast, Zahlung eines Fährgeldes Seitens der Ortseinwohner, Herkommen hinsichtlich des Eigenthums an Rainen, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 65 S. 203; ferner unten Bd. 2 § 177 zu b.

4) Im römischen Recht bestand keine Bestimmung über die Dauer des Zeitraumes, innerhalb dessen sich ein Gewohnheitsrecht bilden konnte. Dagegen unterschied das kanonische Recht nicht mehr scharf zwischen Verjährung, welche Recht im subjektiven Sinne erschafft, und zwischen Herkommen, durch welches Recht im objektiven Sinne begründet wird. Daher forderte dasselbe eine consuetudo legitime prascripta, cfr. cap. 11 X de cons. 1. 4. Dies war auch die gemeine Lehre des vorigen Jahrhunderts. Nur darüber herrschte Streit, ob 10 oder 30 Jahre nothwendig seien, vgl. auch Preuß. L. R. von 1721 Bd. 1 Tit. 33 § 15. Das allgemeine Landrecht unterstellt offenbar gleichfalls den Ablauf rechtsverjährter Zeit, also mindestens der Zeit von 10 Jahren, L. R. II, 7, § 313. II, 8, §§ 41. 187. II, 11, §§ 352. 366 II, 17, § 175. Gleichwohl stehen die neueren preußischen Schriftsteller meist auf dem Boden der neueren gemeinrechtlichen Theorie, welche über die Länge des erforderlichen Zeitraums den Richter befinden läßt, z. B. Koch, P. R. Bd. 1 § 29. Das Obertribunal hingegen war geneigt, an den Grundsätzen des Landrechts festzuhalten.

5) § III und § VII des Publikationspatents vom 5. Februar 1794.

Kraft hat und die in Aussicht genommene Kodifikation des Letzteren — von den Provinzen Preußen abgesehen — nicht zur Ausführung kam. In denjenigen Distrikten, in welchen das Landrecht die Provinzialrechte beseitigte, hat daher diese Art des Gewohnheitsrechtes ihre Kraft verloren.

Die Gewohnheit prägt sich meist im Thun aus; Unterlassen genügt aber, falls es sich als bewußtes Vermeiden von Handlungen, mithin als Ergebniß eines Entschlusses darstellt. Wie viele Fälle zur Uebung ausreichen, unterliegt richterlichem Ermessen. In der Uebung muß sich eine Rechtsregel bethätigen — s. g. opinio necessitatis. Dementsprechend ist ohne selbständige rechtsbildende Kraft eine Uebung, die bloß in Folge unrichtiger Gesetzesauslegung stattfand. So lange sie nur Auslegung bleibt, steht und fällt sie mit dieser.[6]

Partikulare Gewohnheiten haben nicht die Kraft, Reichsrecht zu brechen.[7] Ob allgemeine deutsche Gewohnheiten im Stande sind Reichsgesetze aufzuheben, ist offene Frage, die bei der Jugend der Reichsgesetzgebung noch kein praktisches Interesse hat. Gewohnheitsmäßige Fortbildung der Institutionen des Reichs findet jedoch unverkennbar statt.[8] In Handelssachen haben Handelsgebräuche, d. h. allgemeines oder lokales Gewohnheitsrecht, soweit sie dem Handelsgesetzbuch nicht widersprechen, Geltung vor dem bürgerlichen Recht.[9]

Gewohnheitsrechte bedürfen des Beweises, sofern sie dem Gerichte unbekannt sind. Der Richter ist befugt, aber nicht verpflichtet, sich bezüglich ihrer von Amtswegen Erkenntnißquellen zu eröffnen.[10] [11]

---

6) Es ist Sache des richterlichen Ermessens, festzustellen, ob das, was ursprünglich irrige Auslegung eines Gesetzes war, zur selbständigen Rechtsbildung geworden ist. Die Lösung der Frage ist durch die zutreffende Beurtheilung der Lebensverhältnisse bedingt. Es ist nicht richtig, daß aus Irrthum Gewohnheitsrecht nicht erwachsen könnte. Vgl. übrigens R. G. Bd. 2 S. 182, Bd. 7 S. 235, Bd. 12 S. 294, Bd. 26 S. 326, Erk. des O. V. G. Bd. 15 S. 185.

7) Reichsverfassung Art. 2.

8) Ueber Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Wechselrechtes vgl. unten Bd. 2 § 250.

9) H. G. B. Art. 1. Vgl. Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 17 S. 466 ff., Goldschmidt H. R. Bd. 1 §§. 35. 36. Der an und für sich aphoristische und wenig klare Art. 1 des Handelsgesetzbuchs ist noch dunkler, seit das Handelsgesetzbuch Reichsgesetz wurde und die Reichsgesetzgebung neben den Landesgesetzen funktionirt. Was Handelssache sei, ist in hohem Maße zweifelhaft; vgl. hierüber unten Bd. 2 § 4. Welches die Voraussetzungen des Handelsgewohnheitsrechtes seien, ist ferner zweifelhaft, doch nimmt man überwiegend an, daß von dem Erforderniß der rechtsverjährten Zeit hier abzusehen ist und das entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers. Welches Verhältniß endlich haben lokale Handelsgewohnheiten zu späteren Reichsgesetzen? Die Letzteren gehen vor, wenn sie über die bezüglichen Beziehungen verfügen wollen, sonst nicht. Es liegt also eine Interpretationsfrage vor.

10) R. C. P. O. § 265. Das Gericht kann hiernach unter Anderem über die Existenz der Gewohnheit von Amtswegen Atteste von Behörden, z. B. von Magistraten oder

Die Gewohnheit kommt nicht nur als Rechtsquelle in Betracht. Vielmehr erhalten Gewohnheiten nicht selten dadurch Bedeutung, daß sie zur näheren Bestimmung von solchen Privatrechtsgeschäften dienen, welche auf dieselben Bezug nehmen oder mit Rücksicht auf dieselben ins Leben traten. In dieser Funktion sind Gewohnheiten von Wichtigkeit zur Ergänzung der Lücken und als Mittel zur Interpretation der Rechtsgeschäfte. Die Benutzung der Gewohnheit für solche Zwecke ist im preußischen Rechte dadurch nicht behindert, daß die Gewohnheit der Regel nach nicht mehr als besondere Rechtsquelle anerkannt wird.[12]

§§ 22. Gerichtsgebrauch und Juristenrecht.[1]

1. An die rechtsprechende Thätigkeit der Richter knüpft sich fast mit Nothwendigkeit eine gewisse Rechtsproduktion. Die Vermittlung bildet die Interpretation der Gesetze und die Anwendung der Analogie. Zwar geschehen diese Operationen zunächst im Dienste des besonderen Falles, und es wohnt dem auf diesem Wege gefundenen Resultate für spätere, gleiche oder ähnliche Fälle zuvörderst nur das Gewicht einer Rechtsansicht inne, welche durch die Ueberzeugungskraft ihrer Gründe wirkt. Wird nach derselben aber längere Zeit entschieden, so tritt ein Zeitpunkt ein, wo das, was ursprünglich nur wissenschaftliche Gedankenarbeit war, als Gerichtsgebrauch um seiner selbst willen Geltung in Anspruch nimmt. Die Autorität übereinstimmender Erkenntnisse, insbesondere eines höchsten Gerichtshofes, die Rücksicht auf die Gleichförmigkeit der Rechtsprechung, die Erwägung, daß man im Rechtsverkehr bereits auf die Wiederkehr der gleichen Entscheidung rechnet, und im Hinblick auf dieselbe Entschließungen trifft, führt dahin, daß solche Prä-

---

Regierungen einholen, über deren Inhalt es dann zu befinden hat; es darf sich auch auf die Zeugnisse von Schriftstellern oder gerichtliche Urtheile stützen. Der Standpunkt des älteren gemeinen und des preußischen Rechts — A. G. O. I, 10 § 55 — war, daß nicht notorische Gewohnheiten von der Partei, welche sich auf dieselben beruft, wie Thatsachen zu erweisen seien; die neuere gemeinrechtliche Theorie, von der Ebenbürtigkeit des Gewohnheitsrechtes und des Gesetzesrechtes ausgehend, verlangte dagegen, daß der Richter nach dem Grundsatz jura novit curia die Gewohnheitsrechte kennen müsse, also eventuell verpflichtet sei, solche von Amtswegen zu erforschen. Die R. C. P. O. steht auf dem älteren Standpunkt, nähert sich jedoch praktisch vermittelnd der neueren Theorie. — Die beweispflichtige Partei kann den Nachweis des Gewohnheitsrechtes auch durch Zuschiebung eines Eides führen, der aber, worüber man früher stritt, auf die einzelnen Uebungsfälle, nicht auf den Rechtssatz zu stellen ist, vgl. R. C. P. O. § 410.

11) Wie Gewohnheitsrecht behandelt die R. C. P. O. § 265 Statuten, worunter auch das Herkommen innerhalb Korporationen und korporationsähnlichen Gesellschaften, sowie bei Stiftungen begriffen ist.

12) Auf solche Usancen bezieht sich H. G. B. Art. 279 und Gerichtsverf.-Ges. § 118.

1) Dernburg Pand. Bd. 1 § 29.

judicien zuletzt unbedingt der Rechtssprechung zur Norm dienen — mithin Recht bilden,[2] da der Staat sie als solches verwirklicht.[3]

2. Das Landrecht selbst beabsichtigte, während es das bisherige Juristenrecht dem Gesetzeswerke wesentlich zu Grunde legte, die Erneuerung eines Juristenrechtes durch die Bestimmung unmöglich zu machen, es solle „auf die Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Urtheile der Gerichte bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden.[4] Gleichwohl konnte diese Vorschrift nicht verhindern, daß sich die Fäden eines neuen Juristenrechtes sofort wieder anknüpften, welches dann freilich erst nach Jahrzehnten seine heutige hervorragende Bedeutung erhielt. Auf dem Wege der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe[5] bildet sich ein neues Recht, die Bestimmung der Gesetze unterstützend, fortbildend und erweiternd, ja, wo dieselben innerlich abgestorben sind, sie beseitigend. Doch tritt die Fortbildung des Rechtes bloß bei Gelegenheit konkreter Rechtsstreitigkeiten hervor, anders wie bei den römischen Prätoren, welche die Normen für ihre Jurisdiction bei ihrem Amtsantritt zum Voraus in abstracto formulirten.

3. Eine vorzügliche Förderung hat die Bildung eines Juristenrechtes durch die Einrichtung der Plenarbeschlüsse erhalten, welche die Kabinetsordre vom 1. August 1836 im Interesse der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen und zur Steuerung der Rechtsungewißheit seinerzeit für das preußische Obertribunal[5] [6] traf und die Reichsgesetzgebung

---

2) Obgleich Strafen nur auf Grund eines Gesetzes ausgesprochen werden dürfen, so ist auch im Strafrecht die usuelle Auslegung des Gesetzes durch Gerichtsgebrauch maßgebend.

3) Dies schließt nicht aus, daß auch ein fester Brauch bei Umgestaltungen der Gerichtsverfassung, bei wissenschaftlichen oder politischen oder socialen Bewegungen umgestoßen wird, um einer andern Rechtsprechung Platz zu machen. Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung, die Verschmelzung der gemeinrechtlichen Lande zu einem Rechtsgebiet, hat sicher dazu beigetragen, wenn sich das R. G. Bd. 3 S. 214 dahin schlüssig gemacht hat, daß ein lediglich auf Mißverständniß gemeinrechtlicher Rechtsquellen beruhender konstanter Gerichtsgebrauch partikuläres Gewohnheitsrecht nicht zu erzeugen vermöge; vgl. auch R. G. Bd. 6 S. 223 und Bd. 5 S. 134.

4) L. R. Einl. § 6.

5) Das ehemalige preußische Obertribunal beziehungsweise das Reichsoberhandelsgericht fungirte 1) als Revisionshof (Oberappellation), falls die Erkenntnisse der beiden ersten Instanzen nicht übereinstimmten und das Objekt ihrer Nichtübereinstimmung über 500 Thlr. betrug oder nicht in Geld schätzbar war. 2) Als Nichtigkeitsinstanz. Das Reichsgericht hat in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einmal die Revision gegen Endurtheile der Oberlandesgerichte, wenn die Entscheidung beruht auf Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, und wenn zugleich entweder bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Werth 1500 Mark übersteigt oder ausnahmsweise Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes stattfindet, zweitens in eben jenen Streitigkeiten die Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Gerichtsverfassungs-Gesetz § 135, R. C. P. O. §§ 508. 511 ff.

6) Die Kabinetsordre vom 1. August 1836 verlangte Plenarbeschlüsse im Fall der Abweichung eines Senats von der bisher durch ihn selbst oder durch einen anderen Senat

für das Reichsgericht weiter gebildet hat. Will ein Civilsenat des Reichsgerichtes in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Civilsenates oder der vereinigten Civilsenate abweichen, so hat der Senat die Entscheidung der streitigen Rechtsfrage vor die vereinigten Civilsenate zu verweisen.[7] Können auch derart gefaßte Beschlüsse wieder durch andere der vereinigten Civilsenate beseitigt werden, so ist ihre Autorität doch eine besonders hohe. —

Ob freilich eine gerichtliche Entscheidung Juristenrecht geworden oder ob sie nur eine der weiteren Prüfung noch unterliegende richterliche Meinung sei, ist Sache thatsächlicher Beurtheilung. Verkehrt und des Juristen nicht würdig ist es, einem jeden der einzelnen, innerlich keineswegs immer mit einander übereinstimmenden Aussprüche des höchsten Gerichtes blindlings unbedingte Folge zu geben und sich von eigener Prüfung zu entbinden, um sich an Präjudizien anzuklammern und in ihnen sich unausbleiblich zu verstricken. Ebensowenig ist es aber zulässig, eine feststehende Praxis zu ignoriren. Die rechte Mitte lehrt nur glücklicher Takt.

§ 23. Sonderrechte. Privilegien.[1]

Die staatliche Regelung der Rechtsverhältnisse geschieht in zweifacher Weise, vorzugsweise durch Rechtsnormen, daneben auch im Wege von Privilegien.

Die Rechtsnormen haben entweder eine grundsätzliche Natur und begründen dann gleiches Recht für Alle — jus commune — oder sie entstehen aus besonderen Gründen für bestimmte Klassen von Personen oder Rechtsbeziehungen und bilden deren Sonderrechte — jura singularia, privilegia.

---

vertretenen Ansicht. Das Gesetz vom 7. Mai 1856 § 5 forderte dagegen solche bei Abweichungen von Entscheidungen desselben Senates nicht mehr. Für das Reichsoberhandelsgericht war das Gesetz vom 12. Juni 1869 § 9 zum Inhalt der Kabinetsordre zurückgekehrt.

7) Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 137 Reichsgesetz vom 17. März 1886. R.G. Bd. 22 S. 104. Entscheidungen des Plenums des Reichsgerichts sind erforderlich, wenn Civilsenate von der Entscheidung der Strafsenate oder des Plenums abweichen wollen. — Nach der Verfügung des Reichsjustizamtes vom 27. September 1879 zerfällt das Reichsgericht in fünf Civilsenate und in die drei Strafsenate. Die ersten drei Civilsenate haben im Wesentlichen die Funktionen des Reichsoberhandelsgerichtes und außerdem die Sachen aus den gemeinrechtlichen und französischrechtlichen Landestheilen, die beiden anderen Civilsenate die Sachen des landrechtlichen Rechtsgebietes, so daß die drei ersten Senate als das erweiterte Reichsoberhandelsgericht, die beiden letzten als das verminderte Obertribunal betrachtet werden können.

1) l. 16 D. de legibus 1, 3. Eine analoge Anwendung singulären Rechtes ist unzulässig, l. 14 D. de leg. Sehr häufig ist aber ein scheinbar singulärer Rechtssatz nichts anderes als ein bei einer einzelnen Frage zunächst hervortretendes Princip. Echte Jurisprudenz weiß dies zu erkennen und zu verwerthen, sie bewährt sich gerade hierin vor Allem. Vgl. oben § 10 Anm. 5. Ueber das Verhältniß neuerer allgemeiner Gesetze zu älteren jura singularia vgl. unten § 30 Anm. 3.

Eine Nebenart der letzteren sind nach landrechtlichem Sprachgebrauch die Polizeigesetze[2] d. h. zur Erfüllung der polizeilichen Aufgaben — oben § 17 Anm. 15 — gegebene Specialgesetze.

Privilegien sind Staatsakte, die ein einzelnes Verhältniß so ordnen, daß sie Recht im subjektiven Sinn unmittelbar schaffen.[3][4] An die Stelle der Gleichheit, welche die Rechtsnorm je nach dem Maße ihrer Allgemeinheit schafft, tritt hier die Berücksichtigung des Einzelverhältnisses, der individuellen Verschiedenheit. Das Vorwiegen der Privilegien bezeichnet die Epoche des Mittelalters, welches weniger reflektirte und sich nur schwer zur Abstraktion des allgemeinen Rechtssatzes erhob. Im Gegensatze hierzu ist die Tendenz der neueren Zeit vorzugsweise auf eine durch allgemeine Bestimmungen vermittelte Gleichheit der Rechtssubjekte, demgemäß auf Zurückdrängung der Privilegien gerichtet.

An sich kann jedes der rechtlichen Bestimmung bedürftige, öffentliche oder private Verhältniß auf dem Wege des Privilegiums nicht weniger, wie auf dem des Gesetzes, geordnet werden,[5] wenn auch erfahrungsmäßig gewisse Rechtsverhältnisse sich vorzugsweise oder ausschließlich zu einer Ordnung durch Privilegium eignen, andere nicht leicht auf diesem Wege normirt werden. Der mögliche Inhalt der Privilegien läßt sich daher nicht erschöpfen, fällt vielmehr unter die allgemeinen rechtlichen Kategorien. Dagegen ist die Frage, an

2) Ueber den landrechtlichen Begriff der Polizeigesetze, welcher vorzugsweise wegen L. R. I, 6 § 26 wichtig ist, vgl. unten Bd. 2 § 294 Anm. 14.

3) Ueber Privilegien vgl. Schlayer Lehre von den Privilegien nach gemeinem Recht, Ztschrft. für C. R. und Prozeß n. F. Bd. 12 S. 58 ff. Gerber Privilegienhoheit in seinen Abhandlungen S. 470 ff. Ueber Dispensationen und Privilegien namentlich Hinschius das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten Bd. 3 S. 789 ff. Dispensationen und Privilegien stehen sich nahe. Dispensation ist die Aufhebung der Wirkung eines Gesetzes in Ausnahmefällen. Handelt es sich hierbei, wie meist, um einen Einzelfall, so bildet die Dispensation ein Privilegium, handelt es sich um einen größeren Kreis von Fällen z. B. Dispensation vom Aufgebot für Ehen von Militärpersonen bei Ausbruch eines Krieges, so liegt jus singulare vor.

4) Der deutsche wie der römische Sprachgebrauch bedient sich des Ausdrucks Privilegien auch für Sonderrechte einzelner Klassen von Personen oder von Verhältnissen, spricht z. B. von Konkursprivilegien. Die Beziehung auf die Ordnung eines Einzelverhältnisses ist jedoch die überwiegende; so L. R. Einl. § 62 ff. L. R. II, 14 § 4. Hiernach ist insbesondere L. R. II, 14 § 79 zu interpretiren, R. G. Bd. 4 S. 213, Oberverwaltungsgericht Bd. 6 S. 119 entgegen der Praxis des Obertribunals und des Kompetenzgerichtshofes.

5) Zulässig sind nur privilegia favorabilia. S. g. privilegia odiosa, welche eine ungünstige Ausnahmestellung eines Einzelnen auf dem Wege der Gesetzgebung einführen, widersprechen der Verfassungsurkunde Art. 4 und 9. Dennoch wurden seinerzeit solche privilegia odiosa gegen den König von Hannover und den Kurfürsten von Hessen erlassen, indem durch Verordnung mit Gesetzeskraft vom 2. März 1868 und Gesetz vom 15. Februar 1869 ihr Vermögen mit Beschlag belegt und dessen Einkünfte eingezogen wurden. Die Rechtfertigung suchte man hierfür in dem Kriegsstande mit diesen Fürsten.

welches Subjekt ein Privilegium geknüpft werden könne, eine speciell zu behandelnde. Man unterscheidet in dieser Hinsicht einestheils persönliche Privilegien, welche je nach der Absicht des Verleihers bald höchst persönlich, bald auch vererblich sind und anderntheils subjektiv dingliche, welche die Ausstattung eines gewissen wirthschaftlichen Gutes bilden. Zu den persönlichen Privilegien sind auch diejenigen zu rechnen, welche einer Person gegeben sind unter der Bedingung, daß sie eine Sache zu eigen habe, zu den subjektiv dinglichen auch solche, deren Ausübung durch eine gewisse Qualifikation des Besitzers, z. B. Angehörigkeit zu einem bestimmten Glaubensbekenntniß, bedingt ist.[6]

Die Privilegien können geschaffen werden vom Gesetzgeber, in den Formen und nach den Voraussetzungen der Gesetze.[7] Die Ertheilung gewisser Arten der Privilegien ist aber nach Gesetz oder Herkommen der Krone überlassen und bildet einen Akt der Staatsverwaltung.[8] Derartige Privilegien sind zum größeren Theil nur durch die Amtsblätter zu verkünden und treten dann mit dem Beginn des achten Tages nach Ablauf des Tags der Ausgabe des betreffenden Blattes in Kraft.[9]

Veranlassung des Privilegiums kann ein Vertrag sein. Es kann auch auf freiwilliger Verleihung beruhen — privilegia conventionalia oder gratuita. Schließt die Staatsgewalt einen Vertrag über Gewährung eines Privilegiums, so ist sie zwar zu dessen Ertheilung nicht juristisch verpflichtet, da eine Klage auf Ausübung eines Majestätsrechtes, wie sie im Erlaß des Pri-

---

6) S. g. privilegia mixta, wie sie u. A. Kierulff S. 49, Wächter Bd. 2 S. 333 und 335 annehmen, giebt es nicht. Boecking Institut. 1843 Bd. 1 § 98 not. 17. Unger Bd. 1 § 65 Anm. 30.

7) Die Gesetzgebung allein kann Dispensation von Gesetzen ertheilen in Fällen, in welchen dieselbe nicht gesetzlich oder observanzmäßig der Staatsverwaltung besonders überlassen ist. In manchen Fällen knüpft das Gesetz die Ertheilung von Privilegien ausdrücklich an ein Gesetz. So kann nach dem Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 § 1 das Banknotenprivilegium nur durch Reichsgesetz erworben werden. Ausdrücklich für unzuläſſig erklärt sind Privilegien zum Schutz der Urheberrechte, Gesetz vom 11. Juni 1870 § 60, Kunstschutzgesetz v. 9. Januar 1879 § 19. Ein Reichsgesetz könnte solche gleichwohl in besonderen Fällen gewähren.

8) Die Dispensation, welche § 28 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 von Ehehindernissen und dem Aufgebot zuläßt, steht dem Könige zu, welcher sie durch Verordnung theils dem Justizminister, theils dem Minister des Innern übertragen hat; ebenso gebührt das Recht der Legitimation eines Unehelichen dem Könige L. R. II, 2 § 601; Art. 49 der preußischen Verfassung gewährleistet dem Könige das Recht der Begnadigung und Strafmilderung, Art. 50 zur Verleihung von Orden und andern mit Vorrechten nicht verbundenen Auszeichnungen — Amtstiteln, Adelsverleihungen; ferner hat der König das Recht der Koncession von Eisenbahnen — Gesetz vom 3. November 1838 § 3, — der Verleihung des Enteignungsrechtes, der Ertheilung des Rechtes zur Erhebung von Chaussee- und Wegegeldern, endlich das Recht der Genehmigung zur Ausstellung von Schuldscheinen auf den Inhaber.

9) Gesetz vom 10. April 1872, betreffend die Bekanntmachung landesherrlicher Erlasse durch die Amtsblätter.

vilegiums liegt, unstatthaft ist; wohl aber wird der Staat in seiner Eigenschaft als Fiskus im Fall der Nichtertheilung entschädigungspflichtig.[10]

Privilegium nennt man nicht nur den Akt, welcher ein Einzelverhältniß ordnet, sondern auch die so geschaffene Berechtigung. Hierdurch erklärt sich die Möglichkeit der Frage: ob Privilegien durch Verjährung entstehen? Der Sinn derselben ist, ob Befugnisse, die sonst nur durch Privilegium begründet werden, auch durch Besitz während rechtsverjährter Zeit erworben werden können. — Nach gemeinem Rechte ersetzt unvordenkliche Zeit den Nachweis staatlicher Verleihung. Das preußische Recht hingegen kennt die sogenannte unvordenkliche Verjährung nicht.[11] Nach ihm können daher Privilegien auf Grund langer Zeit nur dann zur Geltung kommen, wenn sie das sogenannte Normaljahr für sich haben[12] oder wenn durch besonderes Gesetz der Erwerb der fraglichen Gerechtsame mittels Verjährung verstattet ist.[13]

§ 24. Auslegung. Kollision der Privilegien.

An und für sich könnten für die Auslegung der Privilegien die allgemeinen Grundsätze der Interpretation genügen. Gleichwohl hat die ältere gemeinrechtliche Theorie in dieser Hinsicht besondere Regeln aufgestellt, zum Theil hervorgegangen aus dem Streben nach Beschränkung der Privilegien und der Begünstigung der natürlichen Freiheit.[1] Im Anschlusse an diese Regeln werden im Landrechte durch lästigen Vertrag erworbene Privilegien, hinsichtlich deren es bei den Regeln über Auslegung von Verträgen verbleiben soll, unterschieden von den freiwillig aus Gnaden verliehenen.[2] Diese letzteren sollen einschränkend so erklärt werden, daß sie Dritten möglichst wenig zum Nachtheile gereichen.[3]

Eine Frage der Auslegung kann werden, ob ein Privilegium ein Monopol begründet, also spätere Privilegien gleicher Art ausschließt, wie dies bei der Koncession zu einer Eisenbahnanlage zwischen zwei bestimmten

---

10) Dies ist freilich sehr bestritten; vgl. dagegen Kierulff Civilrecht. S. 60.

11) Dagegen läßt sich nach preußischem Rechte eine Begründung durch Observanz — praeter legem oben § 21 Anm. 3 — denken. Die Frage der Begründung von Privilegien durch Observanz ist gemeinrechtlich bestritten. Vgl. Windscheid Pand. Bd. 1 § 136 Anm. 3 und 5.

12) Unten § 180.

13) Die Vermuthung der Verleihung des Adels tritt in 44 Jahren ein, L. R. II, 9 § 19; Befreiungen von öffentlichen Lasten und Abgaben entstehen in 50 Jahren, L. R. I, 9 § 656, II, 14 § 5.

1) Thomasius de interpretatione beneficiorum principis. Hal. 1701.

2) L. R. Einl. § 54 ff. und Koch, Kommentar hierzu. Auch für die Regalien sollen gleiche Auslegungsregeln gelten. L. R. II, 14 § 33.

3) Beispiel R. O. H. G. Bd. 9 S. 398.

Punkten der Fall sein kann, oder ob das Privilegium die spätere Ertheilung von Berechtigungen gleichen Inhaltes nicht hindern soll.[4] Es ist dies begreiflich nach Wort und Sinn des älteren Privilegiums zu beurtheilen. Dabei kann nach der angeführten landrechtlichen Regel in das Gewicht fallen, ob das ältere Privilegium gratuit ertheilt war, in welchem Falle eine — Dritten nachtheilige — Ausschließlichkeit nicht zu vermuthen ist.

Daß übrigens, wenn ein älteres Privilegium ausschließlich war, ein später gleichwohl ertheiltes gleichen Inhaltes im Zweifel als erschlichen und unwirksam anzusehen ist, müssen wir, wie nach gemeinem, so auch nach preußischem Recht annehmen.[5]

§ 25. Aufhebung des durch Privilegium geschaffenen Rechtes.

Privilegien erlöschen, wenn der Fall, für den sie ertheilt sind, nicht mehr besteht. Insbesondere kann die Zeit, welche für dasselbe gesetzt, die Resolutivbedingung, an die es gebunden war, herangekommen, der Endzweck, zu dem es ertheilt war, erreicht oder unmöglich geworden sein, desgleichen das berechtigte Subjekt, oder dessen Qualifikation erloschen sein. War ferner das Privilegium einer Person als Eigenthümer einer Sache ertheilt, so erlischt es durch die Entäußerung der Sache nach folgerechter Entscheidung des Landrechts für immer.[1] Das Privilegium unterliegt ferner den Beendigungsgründen, denen Rechte der Art, welcher es angehört, überhaupt unterworfen sind.[2] Verzicht insbesondere ist zulässig, sofern er nicht nach der besonderen Natur des Privilegiums im öffentlichen Interesse ausgeschlossen ist.[3]

---

4) Für Lokomotivbahnen kommt auch in Betracht die Bestimmung des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 § 44, welche eine zweite Koncession zwischen denselben Hauptpunkten innerhalb dreißig Jahren von Eröffnung der Bahn an für unzulässig erklärt. Diese Bestimmung ist unbeschadet bereits erworbener Rechte beseitigt durch Reichsverfassung Art. 41 Abs. 3. Ein derartiges Widerspruchsrecht kann Lokomotivbahnen in Koncessionen seit Inkrafttreten der Reichsverfassung nicht weiter verliehen werden.

5) Die gemeinrechtliche Praxis hat diese Grundsätze nach Analogie der römischen Bestimmungen über die Wirkung der Reskripte ausgebildet. Ihr folgten ältere preußische Quellen, z. B. Landtagsreceß von 1653 § 72 sub 6 im C. C. M. Th. VI, 1 S. 458. Projekt des C. J. Fridericiani I, 1 tit. 2 § 22. Jene Grundsätze sind im Landrecht zwar nicht ausdrücklich aufgenommen, aber als selbstverständlich zu unterstellen. Entsch. des O. Trib. Bd. 18 S. 334.

1) L. R. Einl. § 66. Für diese Ansicht auch Mueller promtuarium verbum: privilegium, dagegen Leyser vol. I, sp. 11 med. 2. Beispiel: Gewisse Vorrechte der Standesherren sind an den Besitz der Standesherrschaft geknüpft. Veräußern sie dieselbe, so erlöschen jene Vorrechte, so daß sie durch einen späteren zufälligen Rückerwerb der Standesherrschaft nicht aufleben.

2) Demgemäß gehen solche Rechte durch Nichtgebrauch unter, wenn der Nichtgebrauch Rechte der fraglichen Gattung überhaupt vernichtet. An sich ist Nichtgebrauch kein Erlöschungsgrund der Privilegien, z. B. des Adels, L. R. II, 9 § 94; vgl. über diese Streitfrage u. A. Vangerow Bd. 1 § 116 Anm.

3) Vgl. insbesondere Hinschius a. a. O.

Besondere Arten der Beendigung sind:[4]

1. Aufhebung wegen — absichtlichen — groben Mißbrauches. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß Vorrechte regelrecht in Wechselbeziehung zu Pflichten stehen, und nicht selten die Handlungsfreiheit Dritter besonders beschränken, so daß diese im Falle des Mißbrauches gefährdet sind. Ueber diese Aufhebung hat, worüber man gemeinrechtlich streitet, nach preußischem Recht der Richter zu erkennen.[5] Und zwar steht den verletzten Dritten wie den Staatsbehörden der Rechtsweg offen.

2. Nach der Bestimmung des Landrechts sollte der Staat Privilegien aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen hinlängliche Entschädigung aufheben können.[6] Hierbei wurde nicht weiter entschieden, ob der Staat in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber oder als Regierung handle.[7] Nach den jetzt geltenden Grundsätzen des Verfassungsstaates hingegen können Privilegien, bei denen der Regierung Widerruf nicht vorbehalten ist, Seitens der Staatsverwaltung nur nach den Regeln über Expropriation und gegen volle Entschädigung aufgehoben werden.[8] Außerdem aber ist Aufhebung durch die Gesetzgebung möglich. In solchem Falle entsteht nach allgemeinen Grundsätzen ein Recht auf Entschädigung nur insoweit, als das Gesetz dieselbe besonders zubilligt.[9]

§ 26. Anwendungskreis der einheimischen Gesetze. Geltung fremder Rechte.[1]

Die einheimischen Gesetze nehmen ausschließliche Geltung für jede in ihrem Bereiche verhandelte Rechtssache nur in Anspruch, wenn sie als absolute Anforderungen der Sittlichkeit oder des öffentlichen Wohles

---

4) L. R. Einleitung § 70 ff.

5) cap. 24 X. de privilegiis 5, 33 . . . privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. Die ältere gemeine Praxis nahm in Folge dieses Gesetzes das Recht der Gerichte an, auf Aufhebung zu erkennen, vgl. Glück Bd. 2 S. 35. Dagegen sind Neuere, z. B. Kierulff S. 59, da sie meinten, nach dieser Praxis stelle sich der Richter über den Gesetzgeber. L. R. Einl. § 72 übernahm die ältere Doctrin.

6) Einl. §§ 70, 71. Nach den Materialien war die Absicht der Redaktoren, im Fall der Aufhebung der Privilegien nicht das volle Interesse, insbesondere nicht das lucrum cessans zuzubilligen.

7) Oben § 23 bei Anm. 6 ff.

8) Verf.-Urk. Art. 9. R. G. Bd. 26 S. 340, vgl. unten § 252 Anm. 9. Gegen die Aufhebung des Privilegiums findet der Rechtsweg nicht statt, wohl aber über die Entschädigung.

9) Vgl. unten § 33.

1) L. R. Einl. § 23 ff. Im allgemeinen siehe Savigny System Bd. 8 S. 8 ff., v. Bar Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 2. Aufl. 1889 2 Bde., vgl. auch Dernburg Pand. Bd. 1 § 45. Preußisches Recht speciell behandelt Bornemann Erört. Heft 1 S. 65 ff., ausführlich auch Heydemann Einl. Bd. 1 S. 97 ff.

erscheint.[2] Denn in der Regel sieht der Gesetzgeber seine Aufgabe darin, für den Kreis des Inlandes und der Inländer die Rechtsordnung festzustellen, da er sich vergegenwärtigt, daß der Regel nach nur innerhalb der Staatsgrenzen die thatsächlichen Bedingungen schlechthin vorhanden sind, welche seinen Gesetzen zur Grundlage dienen. Was hiernach seiner Aufgabe entfällt, überläßt er den fremden Rechten.[3] Ob diese fremden Rechte anderen mit eigenen Rechten ausgestatteten Provinzen seines eigenen Staates oder selbständigen Staaten angehören, macht hierbei keinen grundsätzlichen Unterschied.[4]

Die Beantwortung der Frage, wie weit die Herrschaft eines Gesetzes reiche, ist Sache seiner Interpretation; dabei ist in letzter Linie auf Grund und Zweck desselben zurückzugehen.[5] Versuche, aus einem einzigen allgemeinen Princip heraus die sich hierbei ergebenden Schwierigkeiten zu lösen, sind daher von vornherein zur Unfruchtbarkeit verurtheilt.

Insbesondere ist trügerisch das durch Savigny aufgestellte Princip, daß für jedes einzelne Rechtsverhältniß der Punkt des Raumes, welchem es angehört, oder dessen Sitz, aufgesucht werden müsse.[6] Denn Rechtsverhältnisse, insbesondere Forderungsrechte, haben als ideelle Dinge kein Dasein im Raume und wir verfahren willkürlich, wenn wir ihnen einen räumlichen Sitz erst durch eine Fiktion zuschreiben, um dann von dieser selbstgeschaffenen Grundlage aus Regeln darüber zu gewinnen, nach welchen Gesetzen diese Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind. Dagegen haben die Rechtsverhältnisse allerdings räumliche Beziehungen. Hierauf ist das Gewicht zu legen und die vornehmlichste zu beachten.

Die ältere Theorie suchte einen Anhalt in der Charakterisirung gewisser „statuta" als personalia, nämlich der Normen über die Rechte der Per-

2) Beispiele: auch wer in seiner Heimath zur Strafe für bürgerlich todt erklärt wurde, ist bei uns rechtsfähig; Juden, die in ihrer Heimath nur eine beschränkte Handlungsfähigkeit haben, unterliegen bei uns diesen Einschränkungen nicht; der preußische Richter ferner hat die Beschränkungen der Klage aus unehelicher Schwängerung im Gesetz vom 24. April 1854 § 9 unter 2 auch auf Klagen anzuwenden, welche Ausländer wegen unehelicher Schwängerung im Inlande anstellen, so Gruchot Bd. 15 S. 133 vgl. unten Bd. 3 § 70. Fremde Strafgesetze hat der inländische Richter nie anzuwenden; wie weit das einheimische Strafrecht im Auslande begangene Handlungen betrifft, ergiebt das Strafgesetzbuch § 4 ff.

3) Schon im Mittelalter war das an Stelle des Systems der persönlichen Rechte tretende Princip der Territorialität kein ausschließliches, Stobbe in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 S. 21 ff.

4) R. C. P. O. § 265 behandelt das „in einem anderen Staate geltende Recht" in derselben Weise wie Gewohnheitsrecht — vgl. oben § 21 Anm. 10 —; der Richter ist berechtigt, nicht verpflichtet, es von Amtswegen zu erforschen. Der Richter im Gebiete des Landrechts hat hiernach französisch-rheinisches oder holsteinisches, nicht aber bayerisches Recht von Amtswegen zu kennen; das Reichsgericht selbstverständlich sämmtliche im deutschen Reich geltende Gesetze.

5) Thöl Einleitung § 72.

6) Savigny Bd. 8 S. 108.

sonen, und anderer als realia, d. h. der Gesetze über die Rechte an Grundstücken, wozu viele Schriftsteller in dem falschen Bestreben, die Eintheilung zu erschöpfen, noch sogenannte statuta mixta fügten.[7] Wer in dieser Klassifikation einen überall und ohne Weiteres anwendbaren Maßstab sucht, muß sich getäuscht finden. Wer aber die Eintheilung nur auffaßt als eine aus der Natur der Sache geschöpfte Anleitung zur Beantwortung der Frage, wie weit der Regel nach der Anwendungskreis gewisser Klassen von Gesetzen sich erstreckt, dem bietet dieselbe eine schätzbare Handhabe.

§ 27. Klassifikation der Gesetze.

1. Statuta personalia sind diejenigen Gesetze, welche über die Persönlichkeit, über die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Individuen, sowie über deren Familienstellung und über deren Stand Anordnungen treffen.[1] Sie gelten, wie nach gemeinem Rechte, nur für diejenigen Personen, welche im Inlande ihren dauernden Wohnsitz haben,[2] die Verhältnisse der-

---

7) Die Lehre von den statuta mixta ist eine scholastische und unlebendige geblieben. Die älteren Schriftsteller weichen auch in hohem Grade in der Begriffsbestimmung dieser statuta ab. Bald rechnete man zu denselben Statuten, welche Handlungen, bald solche, welche Person und Sache zugleich betreffen.

8) Eine besondere Regelung geben theilweise die zwischen Preußen und andern Staaten geschlossenen Verträge über die Jurisdiktionsverhältnisse.

9) Zahlreiche Einzelfragen sind in diesem Werk bei den bezüglichen Instituten beantwortet, vgl. u. A. unten Bd. 3 § 4 „Kollision der Statuten über Eherecht", des Weiteren sind die Register unter „Statuten" zu vergleichen.

1) L. R. Einleit. §23 begreift auch die Rechtsfähigkeit, welche manche gemeinrechtliche Schriftsteller z. B. Stobbe a. a. O. Bd. 1 § 30 unter II anders behandeln wollen. Allerdings treten in dieser Hinsicht vielfach die territorialen Normen absolut ein; doch wird u. A. die Frage des Vorhandenseins einer juristischen Person in der Regel nach dem Recht ihres Wohnsitzes beurtheilt. Auch die Geltung einer Entmündigung, z. B. wegen Verschwendung, richtet sich nach dem Wohnsitz des Entmündigten, ebenso wirkt eine Großjährigkeitserklärung durch den Richter des Wohnsitzes absolut. Alles dies auch dann, wenn die Wirkungen der Feststellung des Personenstandes eines Ausländers für die Rechtsverhältnisse an inländischen Immobilien Wichtigkeit haben, wenn z. B. ein im Auslande volljährig Gesprochener ein inländisches Grundstück verkauft hat. Ferner bestimmen sich diejenigen Rechte, welche unmittelbar aus dem Familienstande folgen, z. B. der väterliche Nießbrauch, nach dem Gesetze des Wohnsitzes des Ausländers, auch wenn hierdurch inländische Grundstücke betroffen werden.

2) Ueber den Wohnsitz bestimmt in Ansehung des Gerichtsstandes R. C. P. O. § 13 ff. vgl. A. G. O. I, 2 § 9. Die bezüglichen Rechtssätze sind in der Regel auch für die Frage des Wohnsitzes im Fall der Kollision verschiedener Privatrechte zu verwerthen, doch gilt dies keineswegs unbedingt. Der Wohnsitz wird hiernach begründet durch den Aufenthalt an einem Orte in der Absicht, regelmäßig dort zu bleiben; diese Absicht kann in einem ständigen Gewerbebetriebe liegen; immer ist dies nicht der Fall. Nach R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1141 erhält der Beamte am Amtssitz seinen Wohnsitz erst mit der Niederlassung daselbst. Der Ort der Strafverbüßung ist nicht Wohnsitz des Gefangenen, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 117. Die Staatszugehörigkeit, welche manche Rechte als entscheidend ansehen, kommt nicht in Betracht, so auch R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 382. Der bisherige Wohnsitz erlischt im Rechtssinne erst mit Nehmen eines neuen. Es muß, wie zu der Begründung des Wohnsitzes die Thatsache und der Wille

jenigen Personen dagegen, welche ihren Wohnsitz im Auslande haben, werden nach den dortigen persönlichen Statuten behandelt. — Diese Sätze erleiden jedoch eine wichtige praktische Einschränkung. Aus Rücksicht der Sicherheit des inländischen Verkehres wird nämlich nach L. R. die Handlungsfähigkeit von Ausländern, welche *im Inlande Verträge über im Inlande befindliche Sachen* schließen, dann nach den Gesetzen des Inlandes beurtheilt, wenn diese Gesetze der Aufrechthaltung jener Verträge günstiger sind,[3] als die Personalstatuten des Wohnsitzes jener Ausländer.[4]

2. Die zweite in anerkannter Geltung stehende Hauptregel ist, daß die Rechtsnormen über *Grundstücke*, die statuta realia, sich nur auf die im *Inlande liegenden* beziehen, während im Auslande belegene nach den dortigen Gesetzen beurtheilt werden.[5]

---

gehört, auch für dessen Aufgabe zum Willen die Thatsache des neuen Wohnortes hinzukommen. L. R. Einl. § 24, A. G. O. I, 2 § 16, vgl. auch A. G. O. I, 2 § 22 ff. Wer sich im Auslande auf Grund eines Auslandpasses, wenn auch behufs eines Erwerbsgeschäftes aufhält, hat seinen Wohnsitz noch nicht aufgegeben nach Entsch. des O. Trib. Bd. 66 S. 274, wo die Arrestirung eines solchen Passes als Personalarrest zugelassen wird. Die Ehefrau theilt den Wohnsitz des Mannes *nothwendigerweise*; nach Aufhebung der Ehe bis zu dessen willkürlicher Veränderung. A. G. O. I, 2 § 87, R. C. P. O. § 17. Eheliche Kinder theilen den Wohnsitz ihres Vaters — unten Bd. 3 § 50 — uneheliche den der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie in rechtsgültiger Weise einen neuen begründen. Das preußische Recht bezeichnet den *bloß durch die Eltern* vermittelten Wohnsitz als Ort der *Herkunft* — forum originis — A. G. O. I, 2 § 17 ff. L. R. Einl. § 25. Den allgemeinen Gerichtsstand haben Militärpersonen im deutschen Reiche bei dem Gerichte des Garnisonortes, Militärpersonen jedoch, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, nur bezüglich vermögensrechtlicher Ansprüche, Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 39, ebenso R. C. P. §§ 14. 21 Abs. 2; für ihre persönlichen Eigenschaften und Befugnisse, sowie für die Erbfolge ihnen gegenüber ist aber nach Kab.-Ordre vom 31. Mai 1839 nicht ihr Garnisonort, sondern ihr eigentlicher Wohnsitz maßgebend. Keinen Einfluß auf das anzuwendende Recht hat richtiger Ansicht nach die Ausnahmsbestimmung der Kabinetsordres vom 4. Juli 1832 und 5. December 1835 — vgl. R. C. O. § 21 — wonach minderjährige und unter väterlicher Gewalt stehende Personen in *Dienst- und Arbeiterverhältnissen* für Injurien-, Alimenten- und Entschädigungsprozesse an ihrem Aufenthaltsort ihren persönlichen Gerichtsstand haben. Vgl. freilich unten § 28 Anm. 6.

3) L. R. Einl. § 35, z. B. ein für großjährig erklärter Minderjähriger, der nach seinem Heimathsrecht hierzu noch nicht befugt ist, veräußert bei uns Grundstücke. Verwandte Bestimmungen trifft W. O. § 84, vgl. unten Bd. 2 §. 250. Auf Angehörige deutscher Bundesstaaten will die Vorschrift nicht anwenden R. O. H. G. Bd. 6 S. 359. Inländer, welche im Auslande Geschäfte vornehmen, werden von unsern Gerichten nach inländischem Recht beurtheilt, wenn sie auch dort handlungsunfähig wären, aber bei uns dies nicht sind.

4) Auch wird, wessen Ort der Herkunft unbekannt oder außerhalb des Landes ist, je nachdem die statuta personalia seines zufälligen jetzigen Aufenthaltsortes oder die Bestimmungen des Landrechts der Erhaltung eines von ihm geschlossenen Geschäftes günstiger sind, nach dem einen oder dem anderen Rechte beurtheilt. L. R. Einl. § 26. Aehnlich endlich die Bestimmungen im Falle des *doppelten Wohnsitzes*; ebendas. § 27.

5) L. R. Einleitung § 32. Es bezieht sich dies z. B. auf die Bedingungen und die Formen des Erwerbs, den Inhalt der Rechte, die Legalservituten, den Besitz. Werden durch Handlungen, die sich auf ausländischen Grundstücken vollziehen, schädliche Ein-

3. Das bewegliche Vermögen eines Menschen dagegen soll sich nach den Gesetzen seines Wohnsitzes richten.[6] Dennoch unterliegen regelmäßig auch die im Inlande befindlichen beweglichen Sachen dem inländischen Gesetze.[7] Die allgemeinen Regeln über Kollision der Gesetze treten nämlich nur ein, wenn sich die besonderen Gesetze nicht ersichtlich einen anderen Anwendungskreis geben. Nun beziehen sich aber gerade die einzelnen Rechtsbestimmungen über bewegliche Sachen, z. B. über deren Veräußerung oder Verpfändung oder Vindikabilität, im Interesse der Sicherheit des Verkehres fast durchgängig auf alle, welche im Inlande sind, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz ihres Eigenthümers.[8] Wenn man früher wenigstens die Regelung der Erbfolge in das Mobiliarvermögen aus dem Princip herzuleiten suchte, daß das Recht an beweglichen Sachen sich nach dem Domicil ihres Eigenthümers richte, so hat die Herleitung ihre Bedeutung verloren, seitdem man allgemein annimmt, daß sich der gesammte Nachlaß nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers vererbt,[9] ohne Unterschied, ob es sich um testamentarische,

---

wirkungen auf preußische Grundstücke verursacht z. B. durch Bergbau, so ist grundsätzlich das ausländische Recht maßgebend. Gruchot Bd. 33 S. 1059.

6) L. R. Einl. §§ 28—31, nach dem altem Spruch: mobilia ossibus insunt.

7) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 869.

8) Ersichtlich ist namentlich, daß die Bestimmung, wonach bewegliche Sachen nicht durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Besitzübertragung verpfändet werden, sich auf alle im Inlande belegene bezieht, und daß es keinen Unterschied machen kann, ob dieselben einem Inländer oder Ausländer gehören. Gleiches gilt von Ausschließung oder Beschränkung der Vindikation, z. B. im Falle des Erwerbs in öffentlicher Versteigerung. Insofern leidet jedoch dies Alles wiederum eine Einschränkung, als die Rechtsnormen unseres Territoriums regelmäßig nicht die Bestimmung haben, auch auf solche Mobilien Anwendung zu finden, welche nur vorübergehend unser Gebiet passiren, wie dies z. B. bei Eisenbahn-, Schiffs- oder anderen Fahrzeugen der Fall ist.

9) Allerdings ist nach preußischem, wie nach gemeinem Rechte die Frage der Erbfolge in Immobilien bestritten. Die ältere gemeinrechtliche Theorie wendete auch hinsichtlich der Erbfolge in die Immobilien das Recht des Ortes an, in dem sie liegen, also die statuta realia; die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller erachten die statuta personalia des letzten Domicils des Erblassers für entscheidend, da nach dem Begriffe der Universalsuccession die Erbfolge in das ganze Vermögen sich nach einem und demselben Rechte richten müsse. Savigny Bd. 8 S. 316. Die Verfasser des Landrechts selbst haben wohl der ersteren Ansicht gehuldigt. Denn in einer Entscheidung der Gesetzeskommission von 1782, Kleins Annalen Bd. 1 S. 69, wird dieselbe adoptirt. Die Hinneigung zum Territorialprincip tritt ferner in der Specialvorschrift des L. R. II, 16 §§ 28. 29 hervor, daß, falls mehrere Privatberechtigte Ansprüche auf erblose Verlassenschaft erhöben, Jeder in seinem Bezirk belegene bewegliche und unbewegliche Vermögen des erblos Verstorbenen beanspruchen könne. Immerhin hat das Landrecht das Territorialprincip nirgends allgemein ausgesprochen. Ja die entgegengesetzte Auffassung drückt sich in der Entscheidung der Gesetzkommission vom 20. Mai 1794 — Anhang § 78 zu L. R. II, 1 § 495 — aus, nach welcher sich die Erbfolge der Ehegatten auch in die Immobilien verstorbener Ehegatten nach deren persönlichem Gerichtsstande regeln soll. So hatte die neuere preußische Jurisprudenz freie Hand. Sie entschied sich nach einigem Schwanken, dem Begriffe der Universalsuccession entsprechend, für die Einheit der Erbfolge, womit denn auch die Schwierigkeit wegfällt, welche sich für die Regelung der Erbschaftsschulden dann ergiebt, wenn man die Erbfolge in die Mobilien und in die Immobilien verschieden gestaltet. Vgl.

vertragsmäßige oder gesetzliche Erbfolge handelt und zwar so, daß dies auch für die Weise des Erwerbes der Erbschaft gilt.

4. Regel des gemeinen Rechts ist, daß Gesetzesvorschriften über die Form der Rechtshandlungen zwingende Kraft nur für im Inlande vollzogene haben und daß im Auslande vorgenommene Geschäfte dann gültig sind, wenn deren Form den Anforderungen des Rechtes des Ortes ihrer Errichtung entspricht. Diese Regel ist im preußischen Recht aufgenommen.[10] Auch die inländischen Formen genügen aber für die von Inländern im Auslande vollzogenen Geschäfte.[11] [12]

§ 28. Statutenkollision bei Forderungsrechten.

Die angeführten Regeln geben für zahlreiche Rechtsverhältnisse keine Anleitung. Insbesondere ist aus ihnen nichts über die wichtige Frage zu entnehmen, welches Ortsrecht für Forderungsrechte maßgebend ist.[1]

Witte Intestaterbrecht S. 40, unten Bd. 3 § 97 am Schluß. So auch R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 890, Bd. 36 S. 443. Der letzte Wohnsitz des Erblassers bestimmt auch die Rechte der Testamentsvollstrecker R. G. Bd. 26 S. 382 (gemeinrechtlich).

10) Das Landrecht spricht den Grundsatz nicht allgemein aus (wenn man nicht Einl. § 33 die Worte „Provinzialgesetze und Statuten" geradezu für Gesetze jeder Art nehmen will), wohl aber erkennt es ihn an in mannichfachen Einzelanwendungen, insbesondere für Verträge I, 5 § 111 ff., für Wechsel II, 8 §§ 936. 937, für Urkunden A. G. O. I, 10 § 115. Richtige Interpretation sieht hierin nicht Specialvorschriften, sondern die Aeußerung eines Grundsatzes, welcher, wie so oft im Landrechte, nur in Einzelsätzen zu Tage tritt, oben § 10. So thut auch das Obertribunal Entsch. Bd. 35 S. 368 und wendet den Grundsatz namentlich an auf die Form der im Auslande errichteten Testamente. Dies forderte auch das praktische Bedürfniß, da im Auslande die Anwendung der Formen preußischer Testamente nicht leicht thunlich ist. Vgl. Schering Abh. Bd. 2 S. 168 ff. Gegner ist besonders Koch Kommentar, Einl. z. L. R. §§ 23. 33. Für die Form der Eheschließung gelten dieselben Grundsätze, vgl. Reichsgesetz vom 6. Februar 175 § 41, unten Bd. 3 § 4. Eine Ausnahme trifft für Grundstücke L. R. I, 5 § 115; hier ist die Form der lex rei sitae für den Vertrag unerläßlich. Eine besondere Bestimmung ist, daß bei Verträgen unter Abwesenden, die durch Korrespondenz geschlossen werden, falls sich in den verschiedenen Wohnorten Verschiedenheit der Formvorschriften findet, das Recht des Ortes gelten soll, nach welchem das Geschäft am besten bestehen kann, L. R. I, 5 § 113. Anwendung, nicht Beschränkung des Grundsatzes der §§ 111 und 112 enthält L. R. I, 5 § 148.

11) Dies ist anzunehmen trotz der entgegenstehenden Wortfassung vom L. R. I, 5 §§ 111. 112, da der Gesetzgeber gewiß nicht den Willen hat, Geschäften die Rechtsfolge zu versagen, die sich seinen Anforderungen konformirt haben. Es genügt z. B. für einen Vergleich über rückständige Alimente, welchen ein Preuße im Auslande geschlossen hat, die Schriftform, wenn auch am Vergleichsorte die gerichtliche Bestätigung zur Gültigkeit eines solchen Vertrages in Gemäßheit des römischen Rechtes gefordert wird; es ist ferner ein in England ohne Stempel von einem Preußen errichtetes Geschäft nach unserem Recht gültig, obgleich dasselbe nach englischem Rechte wegen Verabsäumung der Form des Stempels nichtig wäre.

12) Im übrigen hat das Landrecht klüglich die Lehre der s. g. statuta mixta — oben § 20 — völlig bei Seite gelassen.

1) Die Regel locus regis actum ist für die Entscheidung dieser Frage nicht bestimmt. Ueber Wechselerklärungen siehe unten Bd. 2 § 250.

Kontraktsobligationen sind nach dem von den Vertragschließenden gewollten Ortsrecht und in Ermangelung solchen Willens nach dem Rechte des Erfüllungsorts zu beurtheilen.[2]

Auch die inländischen Verjährungsgesetze sind auf solche Forderungen nicht anwendbar, welche im Auslande zu erfüllen waren, bei uns aber klagbar werden. Die Willkür nämlich, welche in der Beendigung eines Rechtes durch Zeitablauf immerhin liegt, wird nur dadurch gemäßigt, daß der Gläubiger den Eintritt dieses Beendigungsgrundes in Berechnung ziehen konnte, weil er ihn vorzusehen vermochte. Ein zufälliges Eingreifen eines Verjährungsgesetzes hingegen ist, als der inneren Rechtfertigung bar, der Gesetzesabsicht nicht zu unterstellen.[3]

Aus ähnlichen Gründen bestimmen sich Deliktsansprüche nach dem Rechte des Ortes der beschädigenden Handlung[4] und gesetzliche Verpflich-

---

2) Die Ansichten sind getheilt. Manche halten den Kontraktort für maßgebend, dem schloß sich ein älteres Präj. des O. Trib. n. 903 an, vgl. aber Gruchot Bd. 12 S. 98. Die jetzt herrschende Meinung entscheidet sich in Ermangelung von besonderen Bestimmungen der Betheiligten für das Recht des Erfüllungsortes, der aber vom Bestimmungsort zu unterscheiden ist, vgl. unten Bd. 2 §§ 57. 58. Hiefür Savigny Bd. 8 S. 267. Der Grund Savignys, daß sich das Recht der Obligation durch die freiwillige Unterwerfung der Betheiligten unter ein Ortsrecht bestimme, und, daß dies der Erfüllungsort sei, ist allerdings nicht durchschlagend. Denn nicht aus der Seele der Parteien, sondern aus der Absicht unserer Gesetze ist grundsätzlich heraus zu lesen, welches Ortsrecht maßgebend ist. Wir müssen indessen vom Gesetz annehmen, daß es das Rationelle, den Verhältnissen und der durchschnittlichen Absicht der Parteien Entsprechende will. Und dies führt dahin, das, was sich bei uns zu vollziehen hat, nach unseren Rechtsvorschriften zu beurtheilen und was im Ausland geschehen soll, nach dem Recht des Auslandes; dies vor Allem bezüglich des Modus der Erfüllung der Obligation. So R. O. H. G. Bd. 9 S. 8, Bd. 23 S. 203, Bd. 25 S. 41 R. G. Bd. 6 S. 126. Es wird hiermit nicht geleugnet, daß nach der besonderen Natur einzelner Arten von Obligationen nicht selten andere Grundsätze anzuwenden sind. Vgl. unten Bd. 2 § 202 Anm. 3.

3) Die Frage ist bestritten. Einige halten die Gesetze über Verjährung für Prozeßvorschriften und wollen deshalb das Recht des Klageortes, d. h. des Wohnsitzes des Verklagten anwenden. Dieser Ansicht hatte sich das O. Trib. angeschlossen, so jedoch, daß es für den Fall einer kürzeren inländischen Verjährungszeit Ausnahmen statuirte, Präj. n. 1524, Entsch. Bd. 11 S. 232. Das R. O. H. G. Bd. 14 S. 259 betrachtete dagegen mit Recht die Verjährung als Institut des materiellen Rechtes, welches den Bestand des Forderungsrechtes berühre, und beurtheilte sie nach den Gesetzen, welche für das Forderungsrecht überhaupt, namentlich für die sonstigen Erlöschungsgründe desselben maßgebend sind. So auch Reichsgericht Entsch. Bd. 1 S. 127, Bd. 2 S. 13, Bd. 6 S. 25, Bd. 7 S. 29, übereinstimmend Savigny S. 273, Koch zu § 33 der Einl. Eccius Bd. 1 § 11 Anm. 41. Nicht einmal das ist übrigens zuzugeben, daß unser Richter ausnahmslos die einheimischen Prozeßvorschriften zur Anwendung zu bringen habe; es giebt Prozeßgesetze, die, abweichend von der Regel, ihrem Grunde nach nur die in der Heimath entstandenen Verhältnisse bestimmen sollen. Die dem französischen Recht angehörige Ausschließung des Zeugenbeweises insbesondere ist nur auf im Bereiche dieses Rechtes, nicht auf außerhalb desselben geschlossene Verträge anzuwenden. Vgl. Entsch. O. Trib. Bd. 50 S. 362. Anderer Ansicht Eccius Bd. 1 § 11 Anm. 48.

4) So Präj. des O. T. n. 131 a, Entsch. Bd. 9 S. 371. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1062. Auch diese Frage ist kontrovers. Savigny a. a. O. hält S. 276 den Klageort für maßgebend. Eine besondre Ansicht hat Förster Bd. 1 § 11 Anm. 35. Ueber den Fall,

tungen[5] nach dem Orte, wo sich die zu Grunde liegenden Thatsachen vollziehen,[6] damit die Gesetze anderer Orte nicht auf im voraus unberechenbare Weise eingreifen.[7] Auf demselben Gedanken beruht die eine gemeinrechtliche Streitfrage entscheidende Bestimmung des Landrechts, daß die Güterrechte der Ehegatten sich nach den Statuten ihres ersten Wohnsitzes dauernd regeln und sich im Falle einer Verlegung nach einem Orte mit anderem gesetzlichem Güterrechte nicht ändern; denn die Absicht der Gesetze des neuen Wohnorts, in bereits bestehende Güterverhältnisse einzugreifen, ist keineswegs zu unterstellen.[8]

§ 29. Persönliche Befreiungen von der Anwendbarkeit der Gesetze.

Von der Regel, daß diejenigen einheimischen Rechtsnormen, welche den Personen- und Familienstand betreffen, sämmtliche Einwohner des Staates verbinden,[1] sind gewisse Personen ausgenommen.

---

daß sich der Thatbestand eines Delikts in verschiedenen Rechtsgebieten vollzieht vgl. R. G. Bd. 23 S. 305. — Die Vorschriften des H. G. B. Art. 736 ff. sind übrigens auch für die Beschädigungen deutscher Schiffe auf offner See bestimmt. Ausdrücklich stellt ferner das Gesetz vom 11. Juni 1870 § 22 den Nachdruck im Auslande dem im Inlande gleich.

5) Vgl. oben § 27 Anm. 5 am Schluß.

6) Förster Bd. 1 § 11 Anm. 34 will den Wohnsitz des Berechtigten entscheiden lassen; gegen Förster erklärt sich Eccius a. a. O. unter Aneignung unsrer Ansicht. Daß es sich für uns bei allen bezüglichen Sätzen nur um das in der Regel Eintretende handelt, ist oben am Schluß des § 26 sehr bestimmt betont und keine Modifikation unserer Ansicht.

7) Nach welchen Gesetzen sind die Rechte aus außerehelicher Schwängerung zu beurtheilen? Entscheidend für die Beantwortung ist der juristische Charakter dieser Rechte. Die Rechte der Geschwängerten selbst gründen sich auf die Annahme eines Uebergewichtes der Verschuldung beim Manne im Falle einer außerehelichen Schwängerung, weshalb man ihm die Folgen in mehr oder weniger umfassender Weise zur Last legt. Für solche Deliktsansprüche aber ist der Ort des Vergehens, also des Konkubitus, entscheidend. Hiermit ist auch einverstanden das O. Trib. bei Gruchot Bd. 21 S. 821. Die Ansprüche des Kindes gegen seinen Erzeuger wurden allerdings von der älteren Theorie gleichfalls als Deliktsansprüche betrachtet, so daß ebenfalls der Ort des Konkubitus entscheiden müßte. Die neuere und herrschende Theorie hingegen betrachtet die Rechte des Kindes als familienartige. Hiernach ist entscheidend das erste Domicil des Kindes, welches sich nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt durch den Wohnsitz der Mutter im Augenblick seiner Geburt, vgl. unten Bd. 3 § 68 Anm. 13. Das Obertribunal hat jedoch durch Plenarbeschluß vom 1. Februar 1858, Präj. 2695, Entsch. Bd. 37 S. 1 das Domicil der Mutter zur Zeit der Konception für den entscheidenden Ort erklärt, indem es von der Ansicht ausgeht, die Rechte des Kindes entstünden bereits mit der Konception, nur deren Ausübung sei durch die Geburt bedingt. Da die unehelich Gebärende in der Konceptionszeit den Wohnsitz gewechselt haben kann, so ist der Plenarbeschluß wenig glücklich. Vgl. in dieser Hinsicht Striethorst Archiv Bd. 63 S. 252. Unter dem Wohnsitz versteht übrigens das O. Trib. bei Gesinde den Ort des Dienstes, sofern das Gesinde den Kab.-Ordres vom 4. Juli 1732 und 5. December 1835 unterliegt, weil dasselbe in Alimentensachen dort seinen Gerichtsstand hat. Entsch. Bd. 62 S. 1, siehe ferner Bd. 77 S. 69. Der Grund ist aber nicht durchschlagend, vgl. oben § 27 Anm. 2, siehe auch Eccius Bd. 1 § 11 Anm. 43.

8) L. R. II, 1 § 350 ff. vgl. unten Bd. 3 § 4 Anm. 9 ff.

1) Oben § 27 zu 1.

1. Grundsätzlich ist auch der König und dessen Familie den privatrechtlichen Gesetzen des Landes unterworfen.[2][3] Nur in allen Beziehungen des öffentlichen Rechtes ist der König unverantwortlich. Gleichwohl bringt die besondere politische Stellung der herrschenden Familie es mit sich, daß das Personen- und Familienrecht der Glieder derselben sich zunächst nach deren besonderen Hausgesetzen und Verträgen regelt,[4] welche auch für die Formen der unter den Gliedern dieser Familie abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, ihrer Testamente und ihrer Vormundschaften zunächst maßgebend sind.

2. Es ist ein Vorrecht der ehemals reichsunmittelbaren Familien, daß ihre persönlichen und ihre Familienverhältnisse durch Familienschlüsse geregelt werden können, welche an die gewöhnlichen Schranken des objektiven Rechtes nicht gebunden sind.[5]

3. Das Recht der Exterritorialität haben im deutschen Reiche die Chefs und Mitglieder der bei dem Reich, in Preußen diejenigen der bei Preußen beglaubigten Missionen, ebenso ihre Familien, ihr Geschäftspersonal, ihre nichtdeutschen Bediensteten. Konsuln haben jene Rechte nur auf Grund besonderer Staatsverträge.[6] Exterritoriale Personen sind der inländischen Gerichtsbarkeit — insbesondere Arresten — nicht unterworfen. Eine Ausnahme besteht bloß für den ausschließlich dinglichen Gerichtsstand.[7] Bezüglich ihres materiellen Rechtes sind die Exterritorialen so

2) Die Römer zogen aus dem Begriff der absoluten Monarchie die Folge, daß der Kaiser rechtlich auch den dem Privatrechte angehörenden Gesetzen nicht unterworfen sei, da sein Wille das Gesetz sei. Das deutsche Staatsrecht hingegen hat auch den Landesherrn, welcher ja im deutschen Reiche einer Art Verfassungsstaat angehörte, als dem Privatrecht und insoweit den Gerichten unterworfen. So L. R. Einl. § 80. II, 13 § 18.

3) Nach römischem Rechte hatte das Vermögen des Kaisers die fiskalischen Privilegien. Nach preußischem Rechte hat das Vermögen des Königs diese Vorrechte nicht, wohl aber das königliche Hausfideikommiß, welches zu den Staatsdomainen gehört, wenn auch die Einkünfte dem Landesherrn zufließen.

4) L. R. II, 13 § 17, Art. III des Gesetzes vom 26. April 1851, Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 100. Die Hausverfassung anderer regierender deutscher Souveräne ist nach den Reichsgesetzen auch in Preußen vielfach maßgebend, vgl. Civilstandsgesetz vom 6. Februar 1875 § 72, Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 7 und die Einführungsgesetze zu den anderen Reichsgesetzen.

5) Vgl. überhaupt Deklaration vom 21. Juni 1815, Verordn. vom 30. Juni 1820, 12. November 1855, betreffend den Rechtszustand der vormals reichsunmittelbaren Familien, Gesetz vom 15. März 1869, auf Grund dessen mehrfache Specialgesetze erlassen sind. — V. O. vom 5. Juli 1875 § 101, Heffter Sonderrechte der souveränen und mediatisirten Häuser, Berlin 1871. Vgl. unten § 30 Anm. 3.

6) L. R. Einl. § 36. Gerichtsverfassungsgesetz § 18 ff. Das letztere Gesetz bezeichnet die exterritorialen Personen genau. Seine Bestimmungen sind entsprechend auf das materielle Recht anzuwenden. Vgl. übrigens Heffter europäisches Völkerrecht § 42.

7) Gerichtsverfassungsgesetz § 20. Nur R. C. P. O. § 25 ist hiernach gegen Exterritoriale anwendbar; nicht anwendbar sind §§ 26 und 27. Die Verurtheilung der Exterritorialen in die Kosten der von ihnen erhobenen oder gesetzmäßig gegen sie angestellten Klagen ist zulässig, der inländische Richter kann sie aber nicht selbständig vollstrecken.

anzusehen, als wären sie auf heimathlichem Boden verblieben. Daher unterstehen sie unserem Recht nicht in Bezug auf ihre persönliche und ihre Familienstellung. Grundsätzlich ist das inländische Recht für sie soweit maßgebend, als dies der Fall wäre, wenn sie in ihrer Heimath verblieben wären. Dies gilt insbesondere bezüglich der den Exterritorialen gehörenden inländischen Grundstücke.[8]

In entsprechender Weise sind Preußen, welche im Auslande als Gesandte Preußens oder des deutschen Reiches amtiren, in ihren Rechtsverhältnissen nach ihrem letzten Wohnsitze in der Heimath, in Ermangelung eines solchen nach gemeinem preußischen Recht zu beurtheilen.[9]

§ 30. Zeitliche Wirksamkeit der Gesetze.

1. Gesetze, welche für gewisse Verhältnisse, z. B. für einen Kriegszustand oder bis zu einer gewissen Zeit — wie das ehemalige Socialistengesetz vom 21. Oktober 1878 — gegeben sind, treten mit Eintritt des vorgesehenen Falles der Endigung ohne Weiteres außer Wirksamkeit.

In der Regel setzen sich die Gesetze keine zeitliche Schranke. Nicht selten ist die Aufhebung erschwert, wie bei Verfassungsgesetzen und in gewissem Sinne bei allen Reichsgesetzen, da sie der Aufhebung durch die Landesgesetze nicht unterstehen. Dem Loose der Veränderung und Vergänglichkeit ist aber kein Gesetz entzogen. Wie jede Zeit andere Lebensaufgaben zu erfüllen hat, neue Ziele sich steckt, veränderte Bedürfnisse befriedigen muß, so ist auch die Ordnung der rechtlichen Verhältnisse in stetem Wandel begriffen.

Es entsteht die Frage, in welchem Umfang die bisher geltenden Rechtsnormen durch später erlassene außer Kraft gesetzt werden? In dieser Hinsicht haben die s. g. Kodifikationen eine ausgezeichnete Stellung, indem sie für bestimmte Rechtsinstitute ausschließliche Geltung unter Beseitigung aller

---

Widerklagen sind unzulässig, Struckmann und Koch zu § 20 des G. V. G., Einreden, auch Kompensationseinreden zulässig.

8) Haben Exterritoriale Verträge geschlossen, die im Inland erfüllt werden sollten, so ist für sie nach den bei uns geltenden Grundsätzen — oben § 28 — das Recht des Erfüllungsortes maßgebend, weil es auch maßgebend sein müßte, wenn der Vertragschließende im Ausland verblieben wäre. Da jedoch, so lange die Exterritorialität dauert, die Klage in dem Heimathstaat der Exterritorialen anzubringen ist, so entscheidet die dortige Rechtsauffassung darüber, wie weit das preußische Recht zur Anwendung kommt.

9) Einl. des L. R. § 38 ff. Die R. C. P. O. § 16 bestimmt, daß Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reiches oder eines Bundesstaates — abgesehen von Wahlkonsuln — in Ansehung ihres persönlichen Gerichtsstandes den Wohnsitz ihres Heimathstaates behalten und daß in Ermanglung eines solchen die Hauptstadt ihres Heimathstaates als ihr Wohnsitz gilt. Aehnlich früher preuß. Gesetz vom 26. April 1851 Art. III und Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 § 21.

früheren Rechtsnormen in Anspruch nehmen. Hier kann nur zweifelhaft werden, wie weit sich die Grenzen des Institutes, welches kodificirt werden soll, erstrecken.[1] Andere, s. g. derogatorische Gesetze dagegen setzen die früheren Rechtsnormen nur insoweit außer Kraft, als sie dieselben besonders aufheben oder mit denselben nicht vereinbare Anordnungen treffen.[2] [3]

2. Eine weitere Frage ist, wieweit neue Gesetze auf die bestehenden Privatrechte rückwirkende Kraft haben?[4]

Achtung vor dem bestehenden Recht und Rücksicht auf die Rechtssicherheit haben zu der wichtigen Maxime geführt, daß neue Gesetze in der

---

1) Man vergleiche § 14 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung, „die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze" treten außer Kraft, da häufig zweifelhaft sein wird, ob eine Norm eine prozessualische oder materiellrechtliche ist, ferner § 102 der V. O. vom 5. Juli 1875, wonach die „das Vormundschaftswesen" betreffenden Normen aufgehoben werden, siehe hierüber Dernburg Vormundschaftsrecht § 10. Besonders problematisch ist die im Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 § 2 gewählte Fassung, wonach das bisherige Strafrecht, „soweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuches sind", außer Kraft tritt. — Der Charakter einer Kodifikation im Sinn des Textes muß im Gesetz seinen Ausdruck gefunden haben. Im deutschen Handelsgesetzbuch und in den Grundbuchgesetzen vom 5. Mai 1872 ist dies nicht der Fall; vgl. unten § 192 bei Anm. 6.

2) L. R. Einl. § 59 fordert „ausdrückliche" Aufhebung. Darunter ist nur unzweideutige oder „deutliche" zu verstehen, L. R. Einl. § 61. Keine Lösung ist die vielfach am Schluß der Gesetze vorkommende Formel: „alle diesem Gesetz zuwiderlaufenden Vorschriften sind aufgehoben." Sie ist überflüssig und selbst inkorrekt, da diese Vorschriften meist für die unter ihrer Herrschaft begründeten Rechtsverhältnisse ihre Bedeutung behalten.

3) Reichsgesetze haben in dieser Hinsicht grundsätzlich keine andere Stellung als Landesgesetze. Beide greifen nur soweit in den Rechtszustand ein, als dies ihr erkennbarer Wille ist. Wenn L. R. Einl. § 61 bestimmt, daß ältere Statuten und Provinzialgesetze durch neuere allgemeine Gesetze nur aufgehoben werden, wenn solches deutlich verordnet wird, so ist dies auch gemeines Recht und Ergebniß allgemeiner Interpretationsgrundsätze. Dem sind Reichsgesetze nicht zu entziehen. Nur ist zuzugestehen, daß die Richtung der neueren Reichs- und Landesgesetzgebung überwiegend auf Aufhebung der partikularen Besonderheiten im Recht zielt und daß diese Absicht, soweit sie bestimmt hervortritt, maßgebend sein muß. Ein weiterer Satz des gemeinen Rechts, der in allgemeinen Grundsätzen wurzelt, ist, daß durch Aenderungen einer Regel des jus commune im Zweifel das bisherige dasselbe durchbrechende Sonderrecht nicht mitbetroffen wird. Auch dies gilt für Reichsgesetze, wie für Landesgesetze. Zwar ist auch in dieser Beziehung die auf Uniformität gehende Tendenz der neueren Reichsgesetzgebung bei der Auslegung der Gesetze, die unter ihrem Einfluß entstanden sind, zu beachten. Doch dies ist eine Zeitrichtung, die vorübergehen kann, die zeitweise die Regel unanwendbar macht, dieselbe aber als solche nicht aufhebt. Ueber das Verhältniß späterer Landesgesetze zu älteren Reichsgesetzen vgl. oben § 16 Anm. 1.

4) Savigny Bd. 8 S. 368 ff. Bornemann Erörterungen S. 1 ff. Rintelen über den Einfluß neuer Gesetze, Breslau 1877. Weitere Litteraturangaben bei Savigny a. a. O. Dernburg Pand. Bd. 1 § 43 Anm. 1. L. R. Einl. § 14. 17. 19. 51. Für die Anwendung im Einzelnen können dem preußischen Richter die allerdings nur transitorischen Bestimmungen der Publikationspatente zum Landrechte von 1794 wie 1814 und nachher zum Anhalt dienen, soweit sie auf allgemeinen Grundsätzen beruhen und nicht bloß mit Rücksicht auf die besondern damals maßgebenden Verhältnisse getroffen waren. Vgl. Rintelen a. a. O. S. 60. Bezüglich neuer Reichsgesetze kann dies freilich nicht gelten.

Regel nicht zurückwirken sollen.[5][6] Jedoch schließt dies in außerordentlichen Fällen eine Aufhebung bestehender Rechte vermöge eines staatlichen Nothrechtes nicht aus, wenn die wirthschaftliche oder politische Entwickelung oder auch ethische und religiöse Ueberzeugungen dies verlangen. In solchen Fällen enthält das Zuerkennen einer Geldentschädigung durch das Gesetz eine entsprechende Ausgleichung. Immerhin ist der Staat unbedingt in der Lage, seinen Gesetzen rückwirkende Kraft zu geben. Denn Niemand hat die Macht, über den Staat zu Gericht zu sitzen, wenn er sich dafür entscheidet, im Wege des Gesetzes die Rechte der Einzelnen der Nothwendigkeit des öffentlichen Wohles ohne Entschädigung zu opfern.

§ 31. Fortsetzung.

Im Einzelnen ergeben sich folgende Sätze:

1. Gewöhnlich beschränkt man die Ausschließung der Rückwirkung auf bereits erworbene Rechte (jura quaesita), also auf solche, welche nicht unmittelbar in Folge des Gesetzes, sondern durch eine Handlung in das Leben traten. Jedoch existirt kein Grund für die Annahme, bestehende Rechtszustände anderer Art, z. B. die Rechtsstellung als eheliches oder uneheliches Kind oder das Recht der Volljährigkeit, anders zu behandeln.[1][2]

---

5) L. R. Einl. § 14: „Neue Gesetze können auf schon vorher vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden" l. 7 C. de legibus 1, 14. — Savigny Bd. 8 S. 375 unterscheidet Rechtsnormen, welche die Frage des Erwerbes oder Verlustes von Rechten regeln. Solche sollen keine rückwirkende Kraft haben. Diesen setzt er entgegen Rechtsregeln, welche das Sein oder auch das Anderssein eines Rechtsinstitutes bestimmen. Solche Rechtsnormen sollen der Regel nach auch bereits begründete Rechte treffen. Richtig ist hieran aber nur, daß Rechtsnormen der letzteren Art häufiger sich rückwirkende Kraft beilegen werden. Ein principieller Unterschied zwischen beiden Arten von Rechtsnormen ist hingegen nicht zu machen.

6) Dies gilt für Privatrechte, nicht für das öffentliche Recht. Insbesondere sind Prozeßgesetze in der Regel sofort anwendbar, R. G. Bd. 16 S. 398.

1) Vgl. Goeppert-Eck in Iherings Jahrb. Bd. 22 S. 86, Dernburg Pand. Bd. 1 § 43. In diesem Sinne haben die Publikationspatente von 1814 § 14, desgleichen von 1816 — für Posen § 18, für Sachsen § 14 — ausdrücklich verfügt, daß die nach dem früheren Rechte eingetretene Volljährigkeit durch den längeren landrechtlichen Termin unangetastet bleibe. Darnach war man auch, als man das am 9. December 1869 publicirte Gesetz berieth, welches die Volljährigkeit für ganz Preußen auf das 21. Lebensjahr setzte, nicht zweifelhaft darüber, daß hierdurch die Bewohner des hannoverschen Amtes Hadeln, welche nach dem bisherigen Rechte mit dem 18. Jahre volljährig geworden waren, nicht wieder minderjährig würden, wenn sie auch bei Erlaß des neuen Gesetzes jünger als 21 Jahre wären. — Anderer Ansicht Eccius Bd. 1 S. 46, Windscheid Bd. 1 § 32 Anm. 4, indem sie die Ausschließung der Rückwirkung neuer Gesetze auf erworbene Rechte beschränken.

2) Die Ausschließung der Rückwirkung neuer Gesetze bedingt auch, daß Rechtsakte, welche unter der Herrschaft des alten Gesetzes vorgenommen wurden, Geltung behalten, wenn sie zwar dessen Anforderungen, nicht aber denen des neuen Gesetzes entsprechen; tempus regit actum. Vgl. Publikationspatent von 1794 §§ 11. 12. Eine Ausnahme machten die Publikationspatente von 1816 für die holographischen Testamente des französischen Rechtes, denen nur eine noch einjährige Gültigkeit belassen wurde. Umgekehrt bleiben dem Principe nach Rechtsakte nichtig oder anfechtbar, welche bei ihrer Errich-

Nicht gesichert sind dagegen bloße **Hoffnungen**,[3] **Erwartungen, Möglichkeiten**, die sich unter der Herrschaft des alten Gesetzes hätten verwirklichen **können**.[4] Demgemäß unterliegt auch eine zur Zeit des alten Gesetzes begonnene, aber **noch nicht vollendete Verjährung** einem neuen Verjährungsgesetze, da das Recht des Präskribenten noch im Entstehen war, so jedoch, daß auch die vor Erlaß des neuen Gesetzes abgelaufene Zeit der Regel nach in die Verjährung eingerechnet wird.[5]

---

tung nichtig oder anfechtbar waren, wenn sie auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gültig hätten errichtet werden können, Geschäfte z. B., die ein zweiundzwanzigjähriger Preuße vor dem 1. Juli 1870 ohne Zustimmung des Vormundes vollzog, wurden nicht dadurch hinterher gültig, daß seitdem zweiundzwanzigjährige Personen volle Handlungsfähigkeit hatten. Jedoch sollen nach L. R. Einl. § 17 Geschäfte, welche wegen Mangels der Form nach dem Gesetze zur Zeit ihrer Errichtung ungültig waren, Geltung erhalten, wenn die nach dem neueren Gesetze erforderlichen Formen angetroffen werden. Jedenfalls wird aber Kläger die Ernstlichkeit des Willens darzuthun haben, welche bei Wahl einer zur Zeit der Errichtung unzureichenden Form zweifelhaft ist. Was hingegen ursprünglich nur Vorbereitungshandlung war und sein sollte, kann auf Grund jener Bestimmung nicht hinterher bindende Geltung bekommen. Weiter noch geht O. Trib., Präj. 2097 in Entsch. Bd. 17 S. 509 und mit ihm R. O. H. G. Bd. 5 S. 253, indem sie wegen des Gegensatzes zu L. R. I, 3 § 43 annehmen, daß sich die Bestimmung der Einl. § 17 auf wesentliche Vertragsformen nicht bezieht. Vgl. Rintelen a. a. O. S. 73, Eccius Bd. 1 S. 46.

3) Die gesetzliche Erbfolge richtet sich daher nach den Vorschriften des Gesetzes, welches zur Zeit des Anfalls der Erbschaft bestand. Publikationspatent von 1794 § 13, vgl. unten Bd. 3 § 95 Anm. 7, § 185 Anm. 10. Eine Ausnahmebestimmung für die Erbfolge der Ehegatten enthält das gedachte Patent § 14 (wie die späteren Patente), indem es dem überlebenden Ehegatten die Wahl läßt, ob er nach dem Intestaterbrechte zur Zeit des Abschlusses der Ehe oder des Erbanfalles erben wolle; unten Bd. 3 § 100 am Schlusse. Das Wahlrecht geht auf die Erben des Ehegatten nicht über.

4) Wurde, während ein Schuldner in Verzug war, ein Gesetz erlassen, welches die Wirkungen des Verzuges anders bestimmt als das frühere Recht, so soll nach Präj. des O. Trib. 1773 für die vor Erlaß des Gesetzes abgelaufene Zeit das alte Gesetz maßgebend sein, dagegen das neue Gesetz für die Zeit nach Erlaß desselben, so auch Eccius Bd. 1 S. 46 und unsere früheren Auflagen. Die Entscheidung ist jedoch zweifelhaft, weil die Folgen eines Vertrages grundsätzlich nach den Gesetzen der Zeit seines Abschlusses zu beurtheilen sind.

5) Dies ist das Princip; anders freilich Präj. des O. Trib. 2210, Entsch. Bd. 19 S. 260. Daher muß die Frage, ob die Voraussetzungen des Beginns einer noch laufenden Verjährung vorhanden waren, nach den Bestimmungen des neuen Gesetzes beurtheilt werden. Die entgegengesetzte Ansicht des O. Trib. Präj. 926 und sonst, ist unrichtig; vgl. Koch Kommentar zum Publikationspatent von 1794 § 14 Anm. 25, Windscheid Bd. 1 § 32 Anm. 10. Besondere Erwägungen treten aber ein, wenn das neue Gesetz eine kürzere Verjährung einführt, als bisher bestand. Einestheils kann es nämlich nicht als Absicht des neuen Gesetzes gelten, durch sein zufälliges, nicht vorhergesehenes Eintreten die Rechte dessen abzuschneiden, gegen welchen die Verjährung sich richtet; als Absicht eines solchen Gesetzes ist daher anzusehen, daß die neuere kürzere Verjährungsfrist erst vom Erlaß des Gesetzes sich berechne. Andererseits war aber die Absicht des neuen Gesetzes doch auf Einengung, nicht auf Verlängerung der bisherigen Verjährungszeit gerichtet. Es wird daher dieser Intention gemäß die angefangene Verjährung des alten Gesetzes fortlaufen, sofern nicht die neuere kürzere Frist rascher zum Ziele führt. Betrug also die Zeit der alten Verjährung 30 Jahre, und waren 29 Jahre verflossen, als eine zweijährige Verjährung eingeführt wurde, so läuft nach der muthmaßlichen Absicht des neuen Gesetzes die alte Verjährung fort und vollendet sich nach einem Jahre. Vgl. Publikationspatente von 1794 § 17, von 1816 § 16 für Posen, § 12

2. Das neue Gesetz hat rückwirkende Kraft nicht nur, wenn es dies ausdrücklich vorschreibt,[6] sondern auch wenn diese Wirkung sonstwie unzweideutig als sein Wille sich ergiebt.[7] Eine Rückwirkung wird namentlich dann häufig im Willen des Gesetzgebers liegen, wenn derselbe ein bisher bestehendes Rechtsinstitut schlechthin außer Kraft setzt, z. B. indem er das Recht des Vaters beseitigt, eine Verlängerung der Bevormundung seiner Kinder über die Jahre der Minderheit hinaus zu bestimmen.[8]

Wir können aber eine Rückwirkung schwächeren und stärkeren Grades unterscheiden. Eine Rückwirkung der ersten Art ist es, wenn das neue Gesetz hindert, daß früher begründete Rechtsverhältnisse nach dem Inkrafttreten des Gesetzes noch diejenigen Wirkungen erzeugen, welche damit nach dem alten Gesetze verbunden waren; es hebt ein neues Gesetz beispielsweise die Laudemialpflicht und damit künftig fällige Laudemialabgaben auf. Eine Rückwirkung schärferer Art hingegen liegt vor, wenn das neue Gesetz auch Ansprüche vernichtet, welche bereits unter der Herrschaft des alten Gesetzes Fälligkeit und Klagbarkeit erlangt hatten; es würden z. B. auch die rückständigen, bereits fälligen Laudemialabgaben aufgehoben.[9] Ist die Rückwirkung neuer Gesetze überhaupt nichts zu Vermuthendes, so wird namentlich eine Rückwirkung der zweiten Art nur äußerstenfalls anzunehmen sein.[10]

für Sachsen, Gesetz über kürzere Verjährungen vom 31. März 1838 §7. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen über diese Frage sind getheilt. Einen eigenartigen Fall enthält R. G. Bd. 1 S. 40. Vgl. auch R. G. Bd. 24 S. 266.

6) Dies ist insbesondere der Fall bei der authentischen Interpretation, vgl. oben § 17 zu 1.

7) R. G. im J. M. Bl. 1882 S. 369. — Das Publikationspatent von 1794 § 10, darnach auch die von 1816 — für Posen und Sachsen § 6 — machte folgende Unterscheidung. Die Folgen einer unter der Herrschaft des alten Gesetzes vorgenommenen Handlung sollten nach altem Rechte beurtheilt werden, wenn es nicht mehr in der Gewalt des Betheiligten stand, die rechtlichen Folgen neu zu bestimmen. Wo dies aber in der Gewalt des Betheiligten stand, sollten nach Publikation des Landrechts dessen Bestimmungen befolgt werden.

8) L. R. II, 18 § 698 ff., unten § 73 Anm. 18.

9) In solchen Fällen würde das Gesetz unter Umständen sogar rechtskräftig festgestellte Verpflichtungen beseitigen.

10) Wie in Anm. 1 bemerkt, hat das Gesetz vom 9. December 1869 den Beginn der Volljährigkeit vom 24. auf das 21. Jahr herabgesetzt. Wenn nun in älteren Rechtsgeschäften der Anfall eines Rechtes von der Volljährigkeit eines Individuums abhängig gemacht ist, so fragt es sich, ob derzeit das 24. oder das 21. Jahr bestimmend sein muß. Es handelt sich aber hier nicht um Rückwirkung des neuen Gesetzes, sondern um die Auslegung des Rechtsgeschäftes. Es kann bei der Auslegung solcher älteren Geschäfte die Volljährigkeit gleich dem 24. Jahre zu nehmen sein, da beide Zeitbestimmungen im Geiste des Verfügenden zusammenfielen und vielleicht nur die Vollendung des 24. Lebensjahres mit der „Volljährigkeit" bezeichnet werden sollte, vgl. L. R. I, 4 § 66, unten § 137 bei Anm. 4. Es kann aber die Absicht auch gewesen sein, die Zeit der Bevormundung auszuschließen und das fragliche Recht von der Volljährigkeit als solcher ohne Rücksicht auf die Zeit ihres Eintritts abhängig zu machen. In solchen Fällen ist seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes das 21. Jahr entscheidend. Vgl. übrigens Hoffmann bei Gruchot Bd. 16 S. 90 ff., siehe auch S. 111 daselbst.

Zweiter Abschnitt.

Die Privatrechte nach ihren Arten und Voraussetzungen.

Erstes Kapitel.

Umfang und Eintheilung der Rechte.

§ 32. Privatrecht und öffentliches Recht.

Oeffentliches Recht und Privatrecht sind ihren Grundlagen nach verschieden. Das öffentliche Recht ordnet die Verhältnisse der Gesammtheit; es ist durch den Staat gegeben; das Privatrecht bestimmt die Verhältnisse der Individuen, es wurzelt in ihrer Persönlichkeit. Der Staat regelt daher die Privatrechte, aber er erfindet sie nicht, er sichert sie, aber er hat sie nicht erst geschaffen. Hierauf beruht die relative Selbständigkeit des Privatrechtes gegenüber der staatlichen Gewalt, seine Unverletzlichkeit, welche auch durch die wichtigste Urkunde über das öffentliche Recht Preußens, die Verfassung — Art. 9 —, gewährleistet wird.

Nicht die Gegenstände, welche das Privatrecht behandelt, charakterisiren dasselbe vorzugsweise. Beschäftigt es sich insbesondere mit dem Vermögen, mit der Familie und mit verwandten gesellschaftlichen Beziehungen der Individuen, so wirkt doch auch das öffentliche Recht auf diese Verhältnisse ein. Auch nicht das ist bestimmend, ob die Ausübung und Geltendmachung einer Befugniß dem freien Entschlusse des Berechtigten anheimgegeben ist. Denn nicht bei allen Privatrechten ist dies der Fall und es kommt auch bei den Befugnissen des öffentlichen Rechtes vor. Privatrecht im subjektiven Sinn ist vielmehr der Antheil des Einzelnen an den Lebensgütern, welchen ihm das Recht gewährleistet.[1][2]

---

1) l. 1 § 2 D. de just. et jure 1, 1. Eine eingehende Untersuchung findet sich bei Thon Rechtsnorm und subjectives Recht 1788 S. 108 ff. Doch fehlt hier wie bei sehr vielen Neuerern die Anerkennung eines in der Individualität des Menschen, welcher Selbstzweck ist, selbständig wurzelnden Rechtes. Auch Bornhak im Archiv für öff. Recht Bd. 5 S. 432 stellt sich der hier vertretenen Auffassung entgegen.

2) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 39. Recht im subjektiven Sinn ist nicht, wie Windscheid Bd. 1 § 37 meint, „Willensmacht" oder „Wollendürfen". Denn der Wille ist nur ein Mittel der Ausübung des Rechts; das Wollendürfen kommt nicht um seiner selbst willen in Betracht. Richtiger ist es daher, wenn Ihering das Recht „recht=

Der Organismus des Rechtes beruht auf den beiden Polen des Individualismus und des Socialismus. Die Ausgleichung der gegensätzlichen Richtungen ist darin zu suchen, daß den Rechten des Individuums nicht weiter Raum gegeben wird, als sich mit dem Wohl des Ganzen verträgt, und daß umgekehrt das öffentliche Recht die privatrechtliche Autonomie soweit achtet, als es die allgemeinen Interessen gestatten. Diese Doppelgestaltung des Rechtes entspricht der doppelten Lebensstellung jedes Einzelnen, die einerseits auf Förderung der eigenen Interessen, andererseits auf den Dienst der Allgemeinheit gerichtet ist.[4]

§ 33. Widerstreit zwischen öffentlichem und Privatrecht.

Die Förderung, welche das Privateigenthum in seiner Festigung und Sicherung durch die Staatsgewalt findet, ist gleichsam der Preis für die Abhängigkeit, in welche es im Staate tritt. Vermöge dieser Abhängigkeit unterliegt das Eigenthum den vom Recht unterstellten Beschränkungen, z. B. den s. g. Legalservituten,[1] und untersteht den Wandlungen der Gesetzgebung, durch welche es verändert, beschränkt oder aufgehoben werden kann.[2]

Wegen derjenigen Einwirkungen auf das Privatrecht, welche auf einer Aenderung des Rechtes im objektiven Sinne beruhen, hat der verletzte Private an und für sich keinerlei Ansprüche. Seine Berechtigung, welche sich nach der allgemeinen Rechtsnorm modelte, verliert mit deren Umgestaltung ihre bisherige gesetzliche Unterlage. Der bis dahin Berechtigte muß die Folgen dieses staatsrechtlichen Souverainetätsaktes dulden. Er kann nur dann Entschädigung verlangen, wenn sie ihm bei Gelegenheit der Rechtsänderung besonders zugebilligt ist.[3]

---

lich geschütztes Interesse" nennt. Geist des römischen Rechtes Bd. 3 § 60. Aber bei dieser Begriffsbestimmung liegt das Mißverständniß nahe, das Recht mit den subjektiven, zeitweiligen Interessen des Berechtigten zu identificiren. Wie man in solcher Weise mit Iherings Auffassungen in Rußland verfährt, wo sie besonders zündeten, ergiebt die interessante Schrift von Pachmann Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft, Berlin 1882.

4) Iherings Zweck im Recht, Bd. 1, enthält nicht wenige Sätze, die dem hier eingenommenen Standpunkt entsprechen. Aber für Ihering ist es „Phantasie des Egoismus, daß das Subjekt seinen Daseinszweck in sich trägt"; schließlich kommt Ihering Alles auf die Gesellschaft, d. h. die Gattung, an; daher ist ihm das Recht der Inbegriff der durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft. Uns ist die Persönlichkeit die Grundlage der sittlichen und der rechtlichen Ordnung, als Abbild des Göttlichen. Die Person hat hiernach ihren Daseinszweck in sich, freilich nicht „lediglich" um ihrer selbst willen.

1) Siehe unten § 221 und § 217 Abs. 1.

2) Vgl. z. B. Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 § 5.

3) Kabinetsordre vom 4. December 1831 und Bericht des Staatsraths vom 16. November 1831. Vgl. Beseler P. R. § 20, siehe auch oben § 30 a. E., Striethorst Archiv Bd. 60 S. 111.

Anders aber, wenn die Staatsverwaltung im besonderen Falle zur Verwirklichung der ihr gestellten Aufgaben Privateigenthum Einzelner in Anspruch nimmt, ohne daß sich dies als eine Umgestaltung der Rechtsnorm als solcher darstellt.[4] Hier liegt ein Konflikt vor zwischen dem Privatrechte, dessen gesetzliche Unterlagen an sich bestehen bleiben, und dem öffentlichen Rechte. Es ist dies der Fall der Enteignung — Expropriation. Der Widerstreit wird dadurch gelöst, daß der Privatberechtigte vollständige, in der Regel vorgängige Entschädigung erhält.

Sie gewährleistet bereits das Landrecht.[5]

§ 34. Fortsetzung. Enteignung.[1]

Nach Art. 9 der Verfassungsurkunde kann das Eigenthum durch die Staatsverwaltung „nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende, Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden.“[2]

Das allgemeinste dieser Gesetze ist das vom 11. Juni 1874,[3] wonach Grundeigenthum aus Gründen des öffentlichen Wohls für Unternehmen, deren Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechtes erfordert, gegen vollständige Entschädigung, mittels königlicher Verordnung entzogen oder beschränkt werden kann. Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf die durch besondere

---

4) Ob eine gesetzliche Belastung oder ein Expropriationsfall vorliegt, kann zweifelhaft werden. Entsprechend ist es, die Grundsätze der Expropriation eintreten zu lassen, wo die Belastung Einzelne in Folge freien Entschlusses der Verwaltung trifft. Vgl. Rayongesetz vom 21. December 1871, unten § 217 zu 6, § 25 zu 2.

5) L. R. Einl. § 75 „Der Staat ist demjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.“ Eine Anwendung macht R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1053. R. G. Bd. 26 S. 268; lehnt ab R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 880.

1) Die Litteratur siehe bei G. Meyer in Stengel's Wörterbuch Bd. 1 S. 359.

2) Das Recht der Expropriation hat sich in Deutschland zuerst beim Bergbau entwickelt, später bei den öffentlichen Straßen, vgl. Edikt über die Verbindlichkeit der Unterthanen in der Kurmark in Ansehung des Chausseebaues vom 18. April 1792 n. c. c. tom. IX p. 933. Allgemein aber erkannte das L. R. I, 11 § 4 die Zulässigkeit der Expropriation an, falls sie zum Wohle des gemeinen Wesens nothwendig war. Von besonderem Einfluß war für die Weiterentwicklung des Expropriationsrechtes das Eisenbahngesetz vom 3. November 1838. — Wissenschaftlich bestehen zwei Systeme. Nach dem einen System zählt das Gesetz gewisse Kategorien von Unternehmungen auf — z. B. Wege, Eisenbahnen, Festungen — denen die Expropriationsrechte von der Verwaltung verliehen werden können, nach dem andern System genügt das allgemeine Kriterium des öffentlichen Wohles, um die Verwaltung zur Verleihung des Expropriationsrechts zu ermächtigen. Das jetzige preußische Recht nähert sich dem zweiten System.

3) Ueber das Grundenteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 sind zu vergleichen die Kommentare von Bähr und Langerhans, 2. Ausgabe 1878, und Eger 2. Bd. 1877 ff., siehe ferner Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. 1 S. 204 ff. Bohlmann Praxis in Expropriationssachen 1880 ff. 2 Hefte, Bering preuß. Enteignungsrecht 1883, vgl. auch Bering bei Gruchot Bd. 20 S. 665.

Gesetze geregelte Entziehung oder Beschränkung von Grundeigenthum im Interesse der Landeskultur z. B. in Folge von Gemeinheitstheilungen, Entwässerungs- und Bewässerungsangelegenheiten, Deichsachen, Wiesen- und Waldgenossenschaften sowie im Interesse des Bergbaues und der Landestriangulation.[4] Polizeiliche Verfügungen, welche im einzelnen Fall das Eigenthum aus Rücksichten des Gemeinwohls beschränken, haben die Wirkung von Expropriationen,[5] da solche Verfügungen im Rechtswege nicht angefochten werden können, und dem Betroffenen nur der Anspruch auf Entschädigung bleibt.[6] Auch diese Art der Enteignung unterliegt, wenn sie auch Grundeigenthum betrifft, besonderen Normen. Die Expropriation von Mobilien ist überhaupt nicht allgemein, sondern nur unter besonderen gesetzlichen Voraussetzungen zulässig. So sind im Fall einer Mobilmachung Pferde expropriirbar.[7] Es können ferner die zum Bau und zur Unterhaltung öffentlicher Wege erforderten Materialien von fremden Grundstücken entnommen werden, sofern deren Eigenthümer sie nicht selbst gebrauchen. Für Eisenbahnen gilt zwar Aehnliches, aber in sehr beschränkter Weise.[8] Besonders wichtig ist die Enteignung von Mobilien im polizeilichen Interesse, worüber nicht selten Specialgesetze besondere Normen geben.[9]

4) Grundenteignungsgesetz § 54. Vgl. u. A. Deichgesetz vom 28. Januar 1848 § 20, Vorfluthsgesetz vom 15. November 1811 § 16, Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 § 40, Gesetz vom 28. Februar 1843 über Privatflüsse § 19 ff., Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 135 ff., Gesetz vom 7. Oktober 1865 und vom 3. Juni 1874 über die Landestriangulation, Gesetz über Schutzwaldungen vom 6. Juli 1875.

5) Das Gesetz vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges ließ in § 2 eine Klage auf Herstellung des früheren Zustandes zu, wenn eine Befreiung von der Verfügung in Folge besonderer Rechtsvorschrift oder eines besonderen Titels bestand. Vgl. R. G. Bd. 15 S. 138, Bd. 24 S. 283. Diese Prüfung steht jetzt nach dem Gesetz über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung vom 30. August 1883 § 127 den Verwaltungsgerichten zu.

6) Wird ein Eingriff in Privatrechte durch polizeiliche Verfügung behauptet, so steht über die Frage, ob ein solcher Eingriff vorliege und über die Entschädigung der Rechtsweg offen. Beispiele wirksamer Polizeiverfügungen sind Sperrung eines Weges im öffentlichen Interesse, Beseitigung eines Stakets an der Straße, Striethorst Archiv Bd. 86 S. 81, unten § 257 bei Anm. 8. Die von Polizeibehörden erlassenen Verfügungen sind aber nur dann civilrechtlich unantastbar, wenn sie im öffentlichen Interesse, nicht aber wenn sie bloß zur Wahrung von Privatrechten, z. B. des Eigenthums einer Gemeinde erlassen sind, Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 239, R. G. Bd. 25 S. 146 (gemeinrechtlich). Es giebt Gesetze, welche die bezügliche Befugniß der Polizei besonders regeln. So § 51 der Reichsgewerbeordnung, wonach die höhere Verwaltungsbehörde — der Bezirksrath — wegen überwiegender Nachtheile und Gefahren für das Gemeinwohl die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage gegen Entschädigung untersagen kann; vgl. übrigens Bering a. a. O. S. 8.

7) Näheres Reichsgesetz vom 13. Juni 1873 über Kriegsleistungen; vgl. ferner Reichsgesetz vom 13. Februar 1875 über Naturalleistungen an die Armee im Frieden.

8) Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum § 50 ff. Eisenbahnen können nur Schüttungsmaterial zu „Aufträgen" durch Enteignung in Anspruch nehmen, § 23 unter 4, siehe ferner Deichgesetz § 20, allgemeines L. R. II, 16 §§ 77. 78.

9) Nach dem Reichsgesetz vom 7. April 1869, betreffend Maßregeln gegen die Rinderpest §§ 3 und 4 vergütet das Reich nicht bloß den gemeinen Werth der auf An-

Die allgemeinen Grundsätze der Expropriationen sind im Anschluß und unter Berücksichtigung des wichtigsten und umfassendsten der Expropriationsgesetze, des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874, wie folgt, zu entwickeln.

1. Der Staat nimmt das Enteignungsrecht nicht bloß für eigene Unternehmungen in Anspruch; er verleiht dasselbe auch zu Gunsten gemeinnütziger Unternehmungen von Korporationen oder Einzelnen.[10] Diesen liegen dann die Stellung entsprechender Anträge und die Entschädigung ob.[11] Die Enteignung hat sich nur zu erstrecken auf Grundstücke, die direkt denjenigen Zwecken dienen, für welche sie bewilligt ist, insbesondere also nicht auf Grundstücke, deren Umtausch oder gar Verkauf dem Unternehmer Nutzen bringen könnte.[12]

2. Die Enteignung ist Sache der Verwaltung.[13] Die Anordnung der Entziehung oder Beschränkung von Grundeigenthum bedarf in der Regel einer königlichen Verordnung.[14] Auf Grund derselben geschieht — dies bildet

---

ordnung der Behörden getödteten, sondern auch der nach rechtzeitiger Anzeige an der Rinderpest gefallenen Thiere, sowie weitere bestimmt aufgeführte Schäden. Andere nicht hervorgehobene Kosten, z. B. für Fortschaffung der Leichen getödteter Thiere, fallen dem Landesfiskus zur Last, Striethorst Bd. 97 S. 6. Nach dem Reichsgesetz über Viehseuchen vom 23. Juni 1880 § 57 ff. vergütet der Staat den gemeinen Werth der auf polizeiliche Anordnung getödteten Thiere, nach dem preußischen Gesetz vom 27. Februar 1878 betr. Maßregeln gegen die Reblaus § 6 den Werth der hierbei vernichteten oder beschädigten Reben. Die Entschädigung ist dem Inhaber zu leisten, wenn ein anderer Berechtigter nicht bekannt ist.

10) Grundenteignungsgesetz §§ 2, 7, vgl. L. R. I, 8 § 30 ff. Das Expropriationsrecht ist ein höchst persönliches Recht und nicht abtretbar. Die Ausübung der mit ihm verbundenen Rechte, z. B. das Recht Steine zu brechen, ist zwar insoweit abtretbar, als dies dem Unternehmen zu Gute kommt. Die mit dem Expropriationsrecht verbundenen Pflichten liegen aber auch dann dem Beliehenen persönlich ob. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 63 S. 94.

11) Ist die Expropriation Seitens der Staatsbehörden, insbesondere der Polizei, zum Besten einer Gemeinde geschehen, so liegt dieser die Entschädigungspflicht ob, auch wenn der Staat selbst indirekt und in zweiter Linie von der Expropriation Vortheil hat. Vgl. u. a. Striethorst Archiv Bd. 75 S. 217.

12) Das Gesetz bestimmt im § 23 des Näheren, worauf sich das Enteignungsrecht bei Anlage von Eisenbahnen erstreckt. Ein singuläres Zubehör sind die Anm. 8 erwähnten Befugnisse.

13) Die Verleihung des Expropriationsrechtes ist für die Regel Landessache. Das Reich ist daher bei Verfolgung seiner öffentlichen Zwecke in der Regel auf die Verleihung des Enteignungsrechtes durch die bezüglichen Bundesstaaten angewiesen, anders Meyer bei Stengel a. a. O. Bd. 1 S. 356. Das Reich kann jedoch nach Art. 41 Abs. 1 der Reichsverfassung Eisenbahnen, welche im Interesse der Vertheidigung Deutschlands oder des gemeinsamen Verkehrs nothwendig sind, durch Specialgesetz koncessioniren und mit dem Expropriationsrecht ausstatten.

14) Grundenteignungsgesetz § 2. Der Bezirksausschuß hat die Befugniß, vorübergehende Beschränkungen auf längstens drei Jahre, durch welche die Beschaffenheit des belasteten Grundstückes nicht wesentlich und dauernd verändert wird, anzuordnen, ferner Vorbereitungshandlungen zu gestatten, Grundenteignungsgesetz §§ 4 und 5. Auch für die Enteignung zur Geradelegung oder Erweiterung öffentlicher Wege, sowie zur Umwandlung von Privatwegen in öffentliche Wege genügt der Beschluß des Bezirksausschusses, sofern außerhalb der Städte und Dörfer nicht mit Gebäuden besetztes Terrain

das erste Stadium des Verfahrens — die vorläufige Feststellung des Plans durch den Regierungspräsidenten.[15]

Nach Offenlegung des Plans wird — es ist dies das weitere Stadium — den Betheiligten eine Frist zu Einwendungen gegen den Plan gegeben; dann erfolgt die endgültige Feststellung des Plans durch den Bezirksausschuß,[16] in der Beschwerdeinstanz durch den Minister der öffentlichen Arbeiten.[17] Bezüglich desselben steht der Rechtsweg nicht offen.

Als drittes Stadium des Verfahrens ist die Feststellung der Entschädigung im Verwaltungswege anzusehen.[18] Sie geschieht[19] auf Grund kommissarischer Verhandlung mit den Betheiligten[20] unter Zuziehung von Sachverständigen, welche ihr Gutachten über deren Höhe abzugeben haben. Kommt es nicht zur Einigung der Betheiligten,[21] so trifft der Bezirksausschuß die Feststellung.

In Folge dieser Feststellung ist der Unternehmer gebunden. Erklärt er gleichwohl den Rücktritt, so kann ihn der Eigenthümer zurückweisen; nimmt er ihn an, so kann er im Rechtswege Schadloshaltung wegen der Kosten und Nachtheile des Enteignungsverfahrens fordern.[21a]

Gegen den Beschluß des Bezirksausschusses ist der Rechtsweg, welcher das vierte Stadium bildet, binnen sechs Monaten zulässig. Wegen nachtheiliger Folgen, welche erst nach der gedachten kommissarischen Verhandlung erkennbar wurden, bleibt dem Beschädigten der Rechtsweg drei Jahre

---

in Anspruch genommen wird. Bezüglich der Enteignung der in die Straßenflucht fallenden Flächen vgl. Gesetz vom 2. Juli 1875 § 11, unten § 218.

15) Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 150 ff.

16) Grundenteignungsgesetz § 21. Zuständigkeitsgesetz § 150.

17) Gesetz vom 13. März 1879.

18) Grundenteignungsgesetz § 24 ff. Das Verfahren schließt sich an das im Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 § 11 festgesetzte an. Eher würde sich wie im französischen Recht Einrichtung einer sachverständigen Civiljury empfohlen haben.

19) Grundenteignungsgesetz § 24. Der Unternehmer hat das Verfahren zu betreiben, der andere Theil kann ihn, wenn die Enteignung bereits thatsächlich vollzogen sein sollte, hierzu durch Klage nöthigen, R. G. Bd. 1 S. 171. Der Unternehmer trägt die Kosten des Verwaltungsverfahrens. Er hat seinem Antrag einen vom Grundbuchrichter ertheilten Auszug aus dem Grundbuche beizulegen. Der Grundbuchrichter hat mit der Ertheilung von Amtswegen eine Vormerkung über die Enteignung einzutragen, dies, damit Dritterwerber von dem obschwebenden Verfahren sicher Kenntniß erhalten; ferner hat er der Enteignungsbehörde auch von allen weiteren Eintragungen während der Dauer des Verfahrens Nachricht zu geben. Ist ein Grundbuch nicht vorhanden oder sind dessen Angaben nicht vollständig genug, so hat der Unternehmer eine Bescheinigung des Ortsvorstandes über Eigenthumsbesitz und über die bekannten Realrechte einzureichen.

20) Grundenteignungsgesetz § 25. Ueber die öffentliche Ladung der Betheiligten unter der Verwarnung, daß bei ihrem Ausbleiben mit Feststellung der Entschädigung vorgegangen wird, siehe daselbst.

21) Die Vereinbarung wird protokollirt. Das Protokoll hat die Kraft einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde. Grundenteignungsgesetz § 26.

21a) Grundenteignungsgesetz § 42.

nach Ausführung desjenigen Theiles der Anlage, durch welchen er beschädigt wurde, offen.[22]

Das fünfte und Schlußstadium bildet der Enteignungsbeschluß des Bezirksausschusses. Dieser Beschluß ist dem Grundsatz nach erst zu fassen, nachdem die Entschädigungssumme endgültig festgestellt und gezahlt oder nach den Vorschriften des Gesetzes hinterlegt ist.[23] In dringenden Fällen aber, welche thatsächlich überwiegen, genügt Zahlung oder Hinterlegung der im Verwaltungsverfahren festgesetzten Summe schon vor Erledigung des Rechtsweges.[24]

3. Die Entschädigungssumme bemißt sich grundsätzlich nicht bloß nach der Art der Benutzung zur Zeit der Enteignung, sondern auch nach der Benutzungsfähigkeit.[25] Auch der außerordentliche Werth, d. h. das in den besondern Verhältnissen des Enteigneten begründete Interesse desselben ist zu berücksichtigen. Ferner sind die Nachtheile zu vergüten, welche dem Enteigneten durch Ausführung des mit der Enteignung bezweckten Unternehmens entstehen.[26]

Genügt hiernach nicht schlechthin Ersatz des gemeinen Werthes, welchen die Sache für Jedermann hat, so ist doch anzunehmen, daß das Interesse den gemeinen Werth dann nicht übersteigt, wenn sich der Berechtigte für den landläufigen Preis eine gleichartige Sache verschaffen kann, die ihm dieselben besonderen Vortheile gewährt, wie die enteignete. Bloßes Affektionsinteresse ist natürlich nicht zu berücksichtigen. Ob und inwieweit bloße prekäre Vortheile in Anschlag zu bringen sind, ist Frage des Einzelfalles.[27][28]

Die dem Enteigneten aus dem mit Expropriationsrecht versehenen Unternehmen erwachsenden Vortheile können ihm nicht angerechnet werden.[29]

---

22) Grundenteignungsgesetz §§ 30. 31. Die drei Jahre sind Verjährungszeit, vgl. unten § 171 bei Anm. 6. Der Beginn wird in thatsächlicher Beziehung leicht zweifelhaft sein. Bei Eisenbahnen erachtet R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 723 die landespolizeiliche Abnahme als maßgebend.

23) Grundenteignungsgesetz § 32 Abs. 1 und oben Anm. 16.

24) Grundenteignungsgesetz § 34. Ueber die Dringlichkeit entscheidet die Verwaltung endgültig ebendaselbst.

25) R. G. bei Gruchot Bd. 20 S. 969, Bd. 32 S. 714.

26) So ausdrücklich L. R. I, 11 § 9.

27) R. G. Bd. 7 S. 262, Bd. 13 S. 244, bei Gruchot Bd. 32 S. 718.

28) Bohlmann a. a. O. S. 36 ff. In Anschlag kommt z. B. die Aussicht auf einen öffentlichen Park, dessen Fortbestehen nicht zweifelhaft ist, wenn schon ein Recht auf dieselbe nicht besteht; minderwerthig wäre die Aussicht auf einen Privatgarten, der vielleicht bald der Bebauung unterliegt. Die bloße Möglichkeit der Entziehung solcher Vortheile durch die Nachbareigenthümer kann dem Exproprianten als Drittem nicht zu Gute kommen, anders Striethorst Archiv Bd. 95 S. 137 und unsere erste und zweite Auflage.

29) Grundenteignungsgesetz § 10 Abs. 2 vgl. unten Bd. 2 § 76.

Viele behaupten, daß das **Grundenteignungsgesetz** vom 11. Juni 1874 dem Enteigneten[30] bloß den **gemeinen Werth** der enteigneten Sache zubillige, allein mit Unrecht.[31]

Allerdings wird zunächst der s. g. objektive Werth die Grundlage zu bilden haben; er reicht aus, wenn sich der Enteignete durch zweckentsprechende Erwerbungen mit demselben vollständig in die frühere Lage setzen kann. Wo dies nicht der Fall ist, muß das subjektive Interesse berücksichtigt werden.[32] Insbesondere ist hiernach, wenn nur ein Theil des Grundbesitzes desselben Eigenthümers in Anspruch genommen wird, zugleich Vergütung zu leisten für den Mehrwerth, welchen der abzutretende Theil durch seinen örtlichen oder wirthschaftlichen Zusammenhang mit dem Ganzen hatte, sowie für den Minderwerth, welcher dem übrig bleibenden Grundbesitz durch die Abtretung erwächst.[33] Wird nur ein **Theil** eines zusammenhängenden Grundstückes in Anspruch genommen, so kann dessen Eigenthümer **Abnahme des Ganzen** beziehungsweise **weiterer** Theile fordern, wenn dasselbe ein **Gebäude** ist oder wenn das Restgrundstück oder ein Teil desselben in Folge der Zerstückelung nach seiner bisherigen Bestimmung nicht mehr zweckmäßig benutzt werden könnte.[34] Die Höhe des Schadens, welchen Nutzungs-, Gebrauchs- und Servitutberechtigte, Pächter und Miether erleiden, und der nicht in der für das enteig-

---

30) So namentlich Bähr und Langerhans a. a. O. § 8, Bering a. a. O. S. 85, mehr vermittelnd Dalcke a. a. O. § 8. Die Reden bei der Berathung des Gesetzes, welche zum Theil in entgegengesetztem Sinne lauten, können nicht entscheiden. Die im Text angedeuteten Gründe sind die überwiegenden.

31) Die vollständige Entschädigung begreift auch entgangenen Gewinn nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere durch in Aussicht stehende Verwendung eines Grundstückes als Bauplatz, vgl. R. G. Bd. 28 S. 272.

32) R. G. Bd. 5 S. 254. Dagegen erklärt sich wiederum Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 192. Die Behauptung aber, daß die Zugrundelegung des subjektiven Werthes zu Berechnungen führe, die den wirklichen Nachtheil unendlich übersteigen, ist unhaltbar. Wo dergleichen auf Berechnung gerichtete Spekulationen versucht werden, „sind sie eben zurückzuweisen". Es ist nicht nöthig, um sie auszuschließen, ein unzutreffendes Princip aufzustellen.

33) Grundenteignungsgesetz § 8 Abs. 2. Ist Entschädigung auch zu leisten für Nachtheile, welche dem Restgrundstück aus dem Bau und dem Betrieb einer Eisenbahn oder andern Anlage erwachsen, für welche, wie z. B. wegen nächtlichen Lärms Anlieger, die nicht enteignet wurden, nichts beanspruchen können? Man hat dagegen geltend gemacht, daß derartige Nachtheile nicht Folge der Abtretung seien, sondern Folge des Unternehmens und seiner Koncession. Allein es hatte der Eigenthümer, so lange er den später enteigneten Grundstückstheil zu eigen hatte, das Verbietungsrecht gegenüber den dem Restgrundstück drohenden Nachtheilen; mit der Enteignung aber ist ihm dies Recht entzogen. Folgerecht muß ihm hierfür Entschädigung geleistet werden. Auch im Fall freihändigen Verkaufes hätte jenes Moment bei Bestimmung des Kaufpreises mitgespielt. Vgl. namentlich Bohlmann a. a. O. S. 3 ff. R. G. Bd. 5 S. 249.

34) Grundenteignungsgesetz § 9 und unten Bd. 2 § 78 bei Anm. 9. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 461. Der Anspruch muß rechtzeitig gemäß § 25 des Gesetzes geltend gemacht werden. Vgl. Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 139.

nete Grundstück zugebilligten Entschädigung begriffen ist, muß besonders vergütet werden.[35]

Einzelne Gesetze, z. B. das Deichgesetz beschränken dagegen die Entschädigung auf den gemeinen Werth.

Die Entschädigung hat in Geld zu geschehen, soweit nicht durch das besondere Gesetz Entschädigung in Land vorgesehen ist.[36] [37]

4. Die Enteignung vollzieht sich nach allgemeinen Grundsätzen durch Zustellung des Enteignungsbeschlusses an den Enteigneten.[38]

Für die Enteignung von Grundstücken ist jedoch maßgebend der Augenblick, in welchem der Enteignungsbeschluß des Bezirksausschusses beiden Theilen, dem Enteigneten und dem Unternehmer zugestellt wurde.[39]

Von jetzt an ist die Entschädigungssumme zu verzinsen, sofern sie nicht bezahlt oder rechtmäßig hinterlegt ist.[40]

Das enteignete Grundstück wird von allen privatrechtlichen Belastungen und Hypotheken frei, welche der Unternehmer nicht besonders übernahm. Dagegen tritt die Entschädigung bezüglich aller dinglichen Rechte an die Stelle des enteigneten Grundstückes. Die Entschädigungssumme ist deshalb, wenn das Grundstück im Fideikommiß- oder Lehnsverband steht oder mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden belastet ist oder wenn sonstige Berechtigte vorhanden sind, deren Ansprüche nicht feststehen, zu hinterlegen.[41]

Die Enteignungserklärung schließt, sofern nichts Anderes vorbehalten ist, die Einweisung in den Besitz in sich.[42]

---

35) Grundenteignungsgesetz § 11. Wäre bloß der objektive Werth — oben Anm. 32 — zu ersetzen, welcher immer derselbe bleibt, so könnte auf diese Verhältnisse keine Rücksicht genommen werden.

36) Grundenteignungsgesetz § 7. Vgl. L. R. I, 9 § 271. II, 15 § 20.

37) Fraglich ist der Zeitpunkt, nach welchem die Entschädigung zu bemessen ist. Das R. G. Bd. 7 S. 258 findet ihn in der § 21 des Gesetzes vorgeschriebenen Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Gegenstand der Enteignung, und über die Größe und Grenzen des abzutretenden Grundstücks, da nunmehr nur noch die Entschädigungsfrage obschwebt. R. G. Bd. 27 S. 263 die Zustellung des Beschlusses der Verwaltung über die Feststellung der Entschädigung. Dagegen erachtet Bering a. a. O. S. 105 mit Recht die Zustellung des Enteignungsbeschlusses als maßgebend, da dieser erst die Enteignung begründet. Thatsächlich muß freilich die Entschädigung schon früher ermittelt werden; dies ändert aber an dem Grundsatz nichts, wie auch bei andern Schadensansprüchen grundsätzlich die Zeit des Urtheils maßgebend ist, die Taxirung des Schadens aber schon früher geschehen muß.

38) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 396.

39) Grundenteignungsgesetz § 44. Es muß von Amtswegen Abschreibung im Grundbuch veranlaßt werden.

40) Vgl. Grundenteignungsgesetz § 36 Abs. 2 und Abs. 3.

41) Grundenteignungsgesetz §§ 45. 37, vgl. unten Anm. 47.

42) Grundenteignungsgesetz § 32 Abs. 2.

5. Eine Art Ergänzung der Entschädigung im regelmäßigen Fall der Grundenteignung bildet es, daß der Unternehmer zur Einrichtung und Unterhaltung von Anlagen, insbesondere von Wegen und Einfriedigungen, ferner von Bewässerungs-, Entwässerungsanlagen insoweit öffentlichrechtlich verpflichtet ist, als dies zur Abwendung von Schaden für die Nachbargrundstücke und das Publikum nach Ermessen des Bezirksausschusses nothwendig erscheint.[43]

6. Die juristische Konstruktion der durch die Enteignung geschaffenen Rechtsverhältnisse ist bestritten. Im Landrecht wird die Expropriation als nothwendiger Verkauf aufgefaßt.[44] Der Standpunkt des Grundenteignungsgesetzes und der Specialgesetze über Enteignung ist dies aber nicht mehr. Die Enteignung tritt hiernach von Rechtswegen ein, der Enteignete muß sich den Staatsakt[45] der Enteignung gefallen lassen; Verpflichtungen wie aus einem Verkauf übernimmt er nicht. Er ist namentlich zur Aufnahme eines Vertrages, sowie zur Auflassung nicht verbunden und haftet nicht für Entwährung für verborgene Mängel.[46] [47]

§ 35. Ausübung der Privatrechte.

Wir üben unsere Rechte aus, wenn wir die durch dieselben gewährleisteten Befugnisse zur Geltung bringen, sei es durch Wahrung im Rechtswege, sei es durch den Genuß des Gutes, welchen uns das Recht gewährt.[1]

---

43) Grundenteignungsgesetz §14. Eine neue Anlage, sowie die Veränderung oder Erweiterung der Anlage kann auch gefordert werden, wenn sich das Bedürfniß erst nach Vollendung oder Inbetriebnahme des Unternehmens herausstellt. Zum Antrag sind auch nicht enteignete Grundbesitzer berechtigt. Eine Civilklage wegen Errichtung derartiger Anlagen aus § 14 Abs. 2 ist unzulässig, aber auf Grund etwaigen speciellen Titels zulässig. Auch Schadensansprüche in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze des Nachbarrechtes, insbesondere wegen etwaiger schädlicher Immissionen sind zulässig und im Rechtsweg anzubringen. Vgl. Gruchot Bd. 15 S. 883, unten § 220 Anm. 21.

44) L. R. I, 11 §§ 4 und 8.

45) Vgl. oben § 33 Anm. 4.

46) Den Gesichtspunkt des erzwungenen Kaufes hält u. A. fest Eccius Bd. 2 S. 140. Vgl. auch die dort angezogenen Erkenntnisse und Schriften. Das R. G. schwankt.

47) Kaufgeschäfte über Grundflächen, die der Enteignung unterstellt sind, zwischen dem Grundeigenthümer und dem Unternehmer unterliegen an sich durchweg den Grundsätzen freiwilliger Verkäufe, R. G. Bd. 5 S. 246, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 969, S. 971, daher ist Auflassung vonnöthen; dingliche Lasten erlöschen selbst im Fall der Hinterlegung des Kaufpreises nicht; denn ihre Entkräftung ist an die Zustellung des Enteignungsbeschlusses geknüpft, §§ 44, 45 des Gesetzes. Anders wenn das Enteignungsverfahren auf Grund von Vereinbarungen der Betheiligten durchgeführt wird, §§ 16, 26, 46 des Gesetzes, Johow Jahrbuch Bd. 8 S. 183. — Vgl. oben bei Anm. 41.

1) Dagegen Thon Rechtsnorm S. 288 ff. Vgl. oben § 32 bei Anm. 41.

Wer sein Recht innerhalb der gesetzmäßigen Schranken ausübt, hat Beeinträchtigungen nicht zu vergüten, welche Dritten hierdurch erwachsen,[2] es sei denn daß die Ausübung nachweisbar ohne eigenes Interesse nur in der Absicht geschah, um den Dritten zu schädigen.[3 4]

Mißbrauch eines Rechtes ist in doppelter Weise denkbar. Der Mißbrauch kann einmal in der thörichten zwecklosen Weise der Benutzung des Rechtes liegen; solchem Mißbrauche tritt das Privatrecht der Regel nach nicht entgegen, da das Bestreben, die Möglichkeit dieses Mißbrauchs zu unterdrücken, die privatrechtliche Freiheit vernichten müßte. Der Mißbrauch kann aber auch darin bestehen, daß man unter dem Schutze der durch die Berechtigung geschaffenen Stellung die Rechte eines Anderen kränkt. Dieser Mißbrauch macht verantwortlich, bewirkt aber in vielen Fällen außerdem den Verlust des mißbrauchten Rechtes.[5]

§ 36. Kollision der Privatrechte.[1]

Rechte kollidiren, wenn sie nebeneinander sich nicht vollständig ausüben lassen. Dies kann sowohl bei gleichartigen als bei verschiedenartigen Rechten eintreten.

a) Es ist dann möglich, daß das eine dieser Rechte beim Zusammentreffen größere Kraft entwickelt, als das andere. Insbesondere gehen dingliche Rechte an fremder Sache in der Regel dem Eigenthum vor; unter mehreren dinglichen Rechten an fremder Sache giebt das Alter den Vorzug. Ein allgemeiner Grundsatz des Landrechts ist ferner, daß, wer durch Ausübung eines Rechtes Vortheil sucht, schwächere Befugniß hat, als wer sein Recht zur Abwendung eines Schadens gebraucht.[2]

---

2) L. R. Einl. §§ 88—94. I, 6 § 36. I, 8 § 26; vgl. l. 21 D. de a. a. p. arc. 39, 3. l. 55. l. 151 D. de R. J. 50, 17. Ein Beispiel ist die Aenderung der Wasserläufe zum Nachtheil von Grundstücken Dritter durch Anlage eines Eisenbahntunnels, Striethorst Archiv Bd. 91 S. 61, — anders wenn sie beim Betrieb eines Bergwerks geschah, — ein weiteres Beispiel ist Verkümmerung bisheriger freier Aussicht des Nachbarn durch einen Bau. Vgl. übrigens unten § 220.

3) L. R. I, 6 §§ 36. 37. I, 8 §§ 27. 28 nach l. 1 § 12 l. 2 § 9 D. de a. a. p. arc. 39, 3. Ja das Landrecht drohte sogar II, 20 § 516 geradezu öffentliche Strafe an, wenn Jemand aus Bosheit oder Schadenfreude sein Recht zum unmittelbaren Schaden eines Anderen mißbrauchte.

4) Ueber derartige „Chikane" vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 942 und Bd. 35 S. 950.

5) L. R. Einl. § 107. vgl. I, 23 § 17. Bereits oben wurde hervorgehoben — § 25, — daß Privilegien in Folge solchen Mißbrauchs verloren gehen. L. R. Einl. § 72.

1) L. R. Einl. § 95—98. Dernburg Pand. Bd. 1 § 42.

2) Demgemäß stehen u. A. Ansprüche auf Geldstrafen und Liberalitäten allen anderen Forderungen nach und können im Konkurse nicht geltend gemacht werden, Reichskonkursordnung § 56. — Es kann ein für todt erklärter Verschollener nach seiner Zurück-

b) Die kollidirenden Rechte können an und für sich von gleicher Stärke sein. Nach römischem Recht entschied dann meist Prävention,[3] da der, welcher zuvorkam, durch das gleiche Recht des anderen Theiles nicht verdrängt werden konnte; das neuere Recht sucht eine Ausgleichung durch richterlichen Spruch herbeizuführen. Es wird daher eine solche Kollision durch eine Theilung oder auch durch eine Reihenfolge bei der Ausübung des Rechtes geschlichtet.[4]

c) Wahre Kollision von Rechten liegt nicht vor, wenn zwar nur eine Berechtigung besteht, hingegen bestritten ist, wem sie zukommt, z. B. es ist zweifelhaft, wer von mehreren Brüdern das vom Erblasser „seinem Bruder" zugedachte Vermächtniß zu beanspruchen hat. Nach römischer Rechtslogik kann, wenn der Gemeinte nicht zu ermitteln ist, keiner der Brüder das Vermächtniß in Anspruch nehmen.[5] Das preußische Recht faßt aus Billigkeitsgefühl den Fall, wie einen, in dem eine Kollision von Rechten vorliegt.[6] Es läßt daher Theilung eintreten. Falls eine Theilung nicht möglich ist, z. B. bei der Bestimmung des Erstgeborenen unter Zwillingen, entscheidet das Loos.[7]

§ 37. Vermögensrechte. Persönliche und dingliche Rechte.

Unter den Privatrechten treten die Vermögensrechte besonders hervor. Vermögen ist der Antheil, welcher dem Individuum an den geldwerthen Gütern zusteht. Zu diesem Antheile zählen auch die Forderungen, vermöge deren uns Andere zur Leistung von Vermögensobjekten gehalten sind. Es gehören zu demselben umgekehrt die Verpflichtungen, welche uns in dieser Hinsicht obliegen. In Folge dessen kann die Summe des Vermögens eine negative Größe sein — Passivvermögen, — wenn nämlich der Betrag der Schulden die Aktivbestandtheile des Vermögens überwiegt.[1]

---

kehr vindiciren, was ein redlicher Dritter von dem vermeinten Erben desselben geschenkt erhielt, während die Vindikation gegen entgeltliche redliche Erwerber ausgeschlossen ist, L. R. II, 18 § 850 u. s. f. Vgl. auch Gesetz über den Eig. Erw. vom 5. Mai 1872 §§ 9. 38 Abs. 2.

3) Occupantis conditio est melior l. 128 D. de R. J. 50, 17 vgl. l. 10 de pign. 20, 1. l. 32 D. de proc. 3, 3.

4) Haben z. B. Mehrere das Recht auf Benutzung eines Brunnens und übt Einer, der eine Fabrik anlegt, das Recht so, daß den Andern der Zutritt zum Brunnen verlegt wird, so ist richterlich eine Reihenfolge in der Ausübung vorzuschreiben.

5) l. 9 § 9 D. de her. inst. 28, 5. l. 10 pr. l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5.

6) L. R. I, 12 § 542 u. 543.

7) L. R. I, 1 §§ 15. 16. Vgl. auch L. R. II, 4 § 138. I, 12 § 394. I, 17 § 28.

1) Vgl. L. R. II, 17 § 158, Anh. § 19 zu L. R. I, 11 § 646. Anders Birkmeyer das Vermögen 1879. — Der Ausdruck „Vermögen" hebt hervor, daß es eine „Macht" bildet, worin aber diese Macht besteht, deutet der Ausdruck nicht an. Daher möchte damit der Rechtsbegriff keineswegs, wie Savigny Bd. 1 S. 340 annimmt, besonders zutreffend bezeichnet sein.

Die Vermögensrechte schied die römische Jurisprudenz in zwei scharf abgegrenzte Klassen, in die dinglichen und in die persönlichen. Erstere Rechte unterstellen eine körperliche Sache unmittelbar der Herrschaft des Berechtigten, so daß sie mittels dinglicher Klage, actio in rem Jedem gegenüber zur Geltung gebracht werden, welcher sie verletzt. Letztere begründen Ansprüche gegen eine Person auf eine Leistung, deren Erfüllung nur von ihr mittels einer persönlichen Klage, actio in personam gefordert werden kann. Dort also ist die Sache selbst in unserem Vermögen, hier der Anspruch auf deren Leistung. Eine solche Scheidung des dinglichen Rechtes und des bloß persönlichen Anrechtes war ursprünglich dem deutschen Rechte fremd. Allmählich aber hat sie die romanistische Theorie zur Geltung gebracht. Das Landrecht unterscheidet demnach „das persönliche Recht zu der Sache" und das „dingliche auf die Sache."[2] Diese Sonderung hat jedoch keineswegs die römische Schärfe behalten.

Persönliche Rechte, welche die Leistung einer speciell bestimmten Sache zum Gegenstande haben, werden nämlich vom Landrechte ihren wirthschaftlichen Zwecken gemäß als Mittel — sogenannte Titel — zum Erwerbe des zu leistenden Gegenstandes behandelt. Dieser Endzweck wiegt ihm der Art vor, daß es schon aus solchen Berechtigungen eine rechtliche Beziehung zur Sache selbst herleitet, woraus sich die Bezeichnung „Recht zur Sache" — jus ad rem — erklärt.[3] In Folge dessen verlangt es, daß dritte Erwerber diese Beziehungen beim Erwerb berücksichtigen. Der Begriff des bösen Glaubens, nach römischem Rechte durch die Kenntniß eines fremden dinglichen Rechtes an der Sache bedingt, erhält folgerecht im Landrecht eine Ausdehnung auf die Kenntniß bloß persönlicher Forderungsrechte zur Sache.

Das neuere Grundbuchrecht hat, und zwar insbesondere bei der Auflassung, die dingliche und die persönliche Seite dagegen scharf gesondert.[4]

§ 38. Subjektiv und objektiv dingliche Rechte.[1]

Die thatsächlichen Zustände begründen für gewisse Lebenskreise, insbesondere für landwirthschaftliche Verhältnisse gleichförmige und stetig sich immer wiederholende Bedürfnisse, welche von dem persönlichen Belieben der Einzelnen und demnach auch von dem Wechsel der Subjekte, welche dem be-

2) L. R. I, 2 §§ 133 ff. Vgl. übrigens Fuchs das Wesen der Dinglichkeit 1889.

3) L. R. I, 2 § 124. Vgl. unten § 184.

4) Gesetz vom 5. Mai 1872 über den E. E. §§ 1. 2. 4, vgl. unten § 185.

1) L. R. I, 2 § 125 ff. Die Trübung der Begriffe des dinglichen und des persönlichen Rechtes in der Anschauung der Landrechtsverfasser tritt darin hervor, daß sie den Ausdruck dingliches Recht hier in äußerlicher Weise verwertheten.

züglichen Kreise angehören, wesentlich unabhängig sind. Es macht sich dies besonders in geschichtlichen Epochen geltend, in denen die wirthschaftlichen Verhältnisse großer Klassen der Bevölkerung im Wesentlichen stationär bleiben.

Das deutsche Recht suchte in solchen Fällen eine vom Willen der Einzelnen unabhängige und den Wechsel der Einzelnen überdauernde Rechtsordnung herzustellen, welche einen besonderen Kreis wirthschaftlicher Verhältnisse ein- für allemal und unveränderlich rechtlich bestimmte, und Rechte und Pflichten innerhalb derselben stetig regelte. Zu diesem Zwecke schuf das deutsche Recht die Realrechte und Reallasten, welche die Terminologie des Landrechts als subjektiv dingliche und objektiv dingliche bezeichnet. Es knüpft sich hier die Berechtigung und die Verpflichtung an eine wirthschaftliche Größe, vorzugsweise an ein Grundstück, aber auch an eine gewerbliche Gerechtigkeit.[2]

Subjektiv dingliche Rechte, welche einem Grundstück zugehören, sind Grundgerechtigkeiten und gesetzliche Nachbarrechte, auf dem ehemaligen gutsherrlich-bäuerlichen Verband beruhende Rechte von Rittergütern auf Abgaben und Leistungen, Rechte auf Dorfauen und verlassene und wüste Grundstücke, und Grundkuxberechtigungen; es können ferner an ein Grundstück geknüpft sein Patronatsrechte und Zwangs- und Bannrechte, sowie Anrechte auf Kirchenstühle, auf Erbbegräbnisse oder auch Rechte auf Theilnahme an Gemeinheiten.[3] Rechtsverhältnisse dagegen, welche sich nur thatsächlich beim Wechsel der Person des Gutseigenthümers fortzusetzen pflegen, z. B. die Dienstverhältnisse der Gutsarbeiter, gehören nicht hierher.[4]

---

2) Während das römische Recht die Berechtigung grundsätzlich als Attribut einer Person ansah, betrachtet das deutsche Recht die Berechtigung als etwas Selbständiges, Eigenartiges, das zum Dienste der Rechtssubjekte geschaffen, einer unbestimmten Reihe derselben dienen kann. Dies zeigt sich nicht nur in den hier besprochenen subjektiv und objektiv dinglichen Rechten, es hat außerdem diese Grundanschauung zu einer großen Anzahl eigenthümlicher Institute geführt. Es erklärt sich aus jener Anschauung das Inhaberpapier, ferner der Wechsel an eigene Ordre, bei welchem der Aussteller und der Nehmer eine Person bilden und dennoch das Recht bereits fertig dasteht, wenn es auch freilich erst durch Indossament in den Verkehr tritt. In die Reihe dieser Verhältnisse gehört die sogenannte Hypothek an eigener Sache, durch welche der Eigenthümer ein Recht schafft, das seine volle rechtliche Wirksamkeit erst durch Begebung an einen weiteren Inhaber erlangt. Das deutsche Recht knüpft auch sonst vielfach Rechte an eine gewisse Eigenschaft, z. B. die Armen einer Gemeinde haben ein Recht auf Reisig, die Anspänner auf Viehtrift, Bolze juristische Personen 1880 S. 31 ff.

3) Subjektiv dinglich ist unter Anderem das Theilnahmerecht an Wald- und Wassergenossenschaften. Nicht subjektiv dinglich sind rückständige Abgaben und Leistungen; es hat daher der Nachfolger im Besitz des berechtigten Gutes auf Rückstände aus der Zeit vor seinem Erwerb keinen Anspruch. In einigen Fällen ist der subjektiv dingliche Charakter eines Anspruches zweifelhaft, so bezüglich des Antheils an den Tilgungsfonds bei landschaftlichen Kreditverbänden, ferner bezüglich der Grundsteuerentschädigung. Die Frage ist für das einzelne Rechtsverhältniß nach Maßgabe von Gesetzen und Statuten zu entscheiden. Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. 1 § 18 Anm. 13.

4) Anders Koch zum L. R. I, 2 § 128.

Objektiv dingliche Rechte, welche auf einem Grundstück lasten, bilden Reallasten, insbesondere die bäuerlichen Lasten, unter Umständen auch gewerbliche Zwangsrechte, endlich die vom römischen Rechte ausgebildeten Rechte an fremder Sache.[5] Nicht selten knüpfen sich an ein subjektiv dingliches Recht als Korrelat objektiv dingliche Verpflichtungen an, beispielsweise an das Patronatsrecht, öfters auch an die Rechte eines Rittergutes auf Dienste und Abgaben.[6]

Sind gleich die Realrechte an das herrschende Gut geknüpft, so ist ihre Untrennbarkeit von dem Gute doch nicht ausnahmslos. Partikularrechtlich hat man unter Anderem der Veräußerung von Rechten der Bauergüter an der gemeinen Mark stattgegeben.[7] Die Veräußerung von Gütern, insbesondere von Domänen durch den Fiskus unter Vorbehalt der gutsherrlichen Rechte gilt als zulässig; es kam auch in Folge von Dismembrationen, sowie der Aufhebung des Obereigenthums an vererbpachteten Gutsbestandtheilen vor, daß die subjektiv dinglichen Rechte nach Zersplitterung des Gutes den einzigen Rest der dem ehemaligen Gutsherrn übrigbleibenden Gutsrechte bildeten.[8] Außerdem sind Realrechte und Reallasten in Folge der neueren wirthschaftlichen Entwicklung zum großen Theile, mit oder ohne Entschädigung, aufgehoben oder doch für ablösbar erklärt worden. Die im Falle der Ablösung an ihre Stelle tretenden Geldansprüche sind zwar zunächst subjektiv dinglich, der Grundeigenthümer kann aber diesen Charakter vorbehaltlich der Rechte der Realberechtigten, denen die Ablösungskapitalien an Stelle der aufgehobenen Rechte haften, durch Rechtsakte beseitigen.[9]

Die Bezeichnung eines Rechtes als subjektiv oder objektiv dinglich bezieht sich nicht auf seinen Inhalt und seine hieraus sich ergebenden rechtlichen Eigenschaften. Daher können subjektiv ja auch objektiv dingliche Rechte persönliche Ansprüche bilden.

---

5) Vielfach sind die subjektiv dinglichen Rechte zugleich objektiv dingliche. Nothwendig ist dies nicht; z. B. dann nicht, wenn eine Leistung zu Gunst eines Grundstücks dem Fiskus oder einer Gemeinde persönlich obliegt R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 897.

6) Obschon in der Regel die objektiv dinglichen Rechte — abgesehen von den gemeinen Lasten und den Grundgerechtigkeiten — der Eintragung im Grundbuch zur Wirksamkeit gegen Dritte bedürfen, gehen Lasten, welche das Korrelat subjektiv dinglicher Rechte bilden, auch wenn sie nicht eingetragen sind, mit den bezüglichen Rechten auf deren Erwerber über. Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. 1 § 18 Anm. 23.

7) Stobbe Bd. 1 S. 368 Anm. 14. Die Uebertragung der Ausübung der Realgewerbeberechtigung gestattet die Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 § 48.

8) Die Grundbuchblätter ehemaliger Rittergüter werden daher mit Rücksicht auf die Gerechtsame auch nach völliger Entfremdung des Grundbesitzes fortgeführt. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 313 und unten § 305 am Schluß.

9) Entsch. des Ob. Trib. Bd. 77 S. 176 und unten § 236 am Schluß.

§ 39. Affirmative, negative, Untersagungsrechte.

Rechte können Andere in dreifacher Weise afficiren, indem sie dieselben entweder zu einem positiven Thun (facere) oder zu einem Dulden (pati) oder zu einem Unterlassen (non facere) verpflichten.[1]

1. Rechte, welche zu einem positiven Thun verpflichten, sind nach dem Sprachgebrauche des Landrechts affirmative. Es gehören hierher insbesondere die Obligationenrechte, welche den Schuldner zu einer Leistung verbinden, ruhe nun diese Verbindlichkeit auf bestimmten Individuen oder sei sie, wie Reallasten, an den Besitz einer Sache geknüpft. Zu den affirmativen Rechten gehören auch Rechte publicistischen Charakters, welche eine Leistungspflicht bedingen, wie das Kirchen und Gemeinden zustehende Recht auf Abgaben.

2. Rechte, welche zu einem Dulden verpflichten, werden vom Landrecht als negative Rechte bezeichnet. Die wichtigsten dinglichen Rechte an fremder Sache sind hierher zu rechnen, insbesondere Nießbrauch und Miethsrecht, desgleichen solche Grundgerechtigkeiten, welche, wie Wegegerechtigkeiten, durch Handlungen des Berechtigten ausgeübt werden, endlich auch das Recht auf den Pfandbesitz.[2] Auch unmittelbar aus dem Gesetze entspringende Befugnisse bilden nicht selten negative Rechte, so das Recht, auf fremdem Boden nach Fossilien zu schürfen.[3]

3. Rechte endlich, welche zu einer Unterlassung verpflichten, sind Untersagungsrechte. Es zählen hierher Rechte aus gewissen Servituten, z. B. die Verpflichtung, nicht höher zu bauen, — ferner Verbindlichkeiten, welche dem Eigenthümer in Folge des Nachbarrechtes obliegen, Bann- und Zwangsrechte, Urheberrechte,[4] endlich persönliche Verpflichtungen zur Unterlassung einer bestimmten Handlung.

Diese Eintheilung der Rechte ist erschöpfend, da das Verhalten des Verpflichteten stets unter eine der Kategorien des Thuns, Duldens, Nichtthuns fallen muß.[5]

---

1) L. R. I, 7 §§ 80. 81. 86. Die Eintheilung hat besondere Wichtigkeit für den Besitz von Rechten, unten § 161.

2) Zu den negativen Rechten gehört das Recht der Befreiung von Brückenzoll. Der Zollberechtigte muß nämlich hier dulden, daß der Berechtigte die Brücke unentgeltlich benutzt.

3) Ein Recht, das hauptsächlich negativer Natur ist, kann affirmative Verpflichtungen mit sich führen, z. B. eine Wegegerechtigkeit die Verpflichtung des Eigenthümers der dienenden Sache in sich schließen, auf Verlangen des Berechtigten die Thüre zu öffnen. Die im Patronat liegenden Befugnisse sind theils affirmative, theils negative.

4) Ebenso Rechte auf ausschließliche Benutzung eines Kirchenstuhles, eines Begräbnißplatzes.

5) Anders Entsch. d. O. Trib. Bd. 48 S. 1.

Die anklingende Terminologie des gemeinen Rechtes, welches affirmative und negative Servituten gegenüberstellt, beruht auf einem entgegengesetzten Eintheilungsgrunde. Denn sie unterscheidet nach der Weise der Ausübung der Servitut durch den Berechtigten. Hier ist daher affirmativ eine Servitut, deren Ausübung durch Handlungen des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks geschieht, so daß dem Eigenthümer des dienenden ein Dulden obliegt, negativ hingegen die Gerechtigkeit, welche dem Berechtigten ein Verbietungsrecht gewährt, so daß die dienende Seite zu einem Nichtthun verpflichtet ist.[6]

Zweites Kapitel.

Die Rechtssubjekte.

I. Natürliche Personen.

§ 40. Einleitung.

Nach heutiger Rechtsanschauung wohnt jedem Menschen die Rechtsfähigkeit inne.[1] Das Gesetz vom 9. März 1857 folgert hieraus, daß mit dem Betreten des preußischen Bodens Sklaven frei werden. Diese Freilassung schafft aber nicht Heimathsrecht. Der frühere Sklave ist daher zunächst Heimathloser, und erwirbt das preußische Bürgerrecht nur in derselben Weise wie andere Ausländer.

Der Grundsatz der Rechtsfähigkeit eines jeden Menschen leidet jedoch eine Ausnahme. Gemäß altdeutschen Rechtes ist nach Landrecht, wer das Klostergelübde abgelegt hat, bürgerlich todt.[2][3] Das gilt auch für auswärtige

---

6) Unten § 275 am Schluß.

1) Nach L. R. II, 5 § 198 wurde das Recht durchreisender Fremder an ihren Sklaven geschützt. Betheiligung am Negersklavenhandel war erlaubt, denn die Negersklaven galten als Gegenstand der Seeversicherung, L. R. II, 8 §§ 2049. 2227; dagegen Gesetz vom 8. Juli 1844.

2) Nach römischem Rechte verlor der Ordinirte mit dem Eintritte in den Ordensstand die Rechtsfähigkeit nicht, l. 56 § 1 C. de episcopis 1, 3, wohl aber fiel sein Vermögen nach den justinianischen Bestimmungen ans Kloster, nov. 5. cap. 5, nov. 76. Dies ist auch der Standpunkt des kanonischen Rechtes, concilium Tridentinum sess. 25 cap. 2. Hingegen das deutsche Recht wandte die Sache um und erklärte den Mönch für bürgerlich todt, Sachsenspiegel I. Art. 25. Diesem Grundsatze schloß sich das ältere preußische Recht an, vgl. Edikt vom 21. Juni 1753 N. C. C. I. S. 506, wonach „clericus regularis pro civiliter mortuo zu achten sei.“ Desgleichen spricht der durch Kabinetsordre vom 20. December 1790 genehmigte Immediatbericht, v. Kamptz Jahrbuch Bd. 52 S. 126 ff., aus, daß Mönche und Nonnen in Rücksicht auf die bürgerlichen Angelegenheiten für todt angesehen werden; dies ist denn auch der Sinn von Landrecht II, 11 §§ 1199. 1200. v. Wittken bei Gruchot Bd. 3 S. 124.

3) Das Gesetz vom 31. Mai 1875, welches die Orden aufhob, wurde durch das Gesetz vom 29. April 1887 Art. 5 beseitigt.

Ordensangehörige.[4] Auf den Eintritt in eine „Kongregation" wird es nicht bezogen.[5] Der Ordensangehörige ist unfähig, Rechtsgeschäfte zu schließen und Vermögen zu besitzen. Auch seine Erbschaft eröffnet sich mit seinem Eintritt ins Kloster.[6]

Tritt der Ordinirte aus dem Ordensstande, so lebt seine Rechtsfähigkeit wieder auf, so daß er fortan Rechte erwerben kann. Die inzwischen eingetretenen Rechtsveränderungen jedoch bleiben bestehen. Das mit der Ordination auf Andere vererbte Vermögen insbesondere fällt nicht an ihn zurück.[7]

---

4) Entsch. d. Kammergerichts Bd. 6 S. 26.

5) Ueber den Unterschied der Orden und Kongregationen vgl. Hinschius, die preußischen Kirchengesetze der Jahre 1874 und 1875 S. 88 ff. Kongregationen sind nicht besonders päpstlich approbirt, es werden bei denselben keine vota solemnia, sondern nur s. g. simplicia abgelegt. Das Obertribunal hat bei Striethorst Archiv Bd. 39 S. 231 angenommen, daß nur die Mitglieder staatlich genehmigter Klöster mit Korporationsrechten, welche ein feierliches Klostergelübde abgelegt hätten, nach L. R. als vermögensunfähig anzusehen seien. Für eine gleiche Behandlung der Orden und Kongregationen hat sich dagegen Hinschius a. a. O. S. 102 ausgesprochen, da die Unterschiede zwischen beiden auf innerkirchlichem Gebiet lägen und beide dem Staat gegenüber wesentlich gleich stünden.

6) Die Beerbung der Ordensgeistlichen mit dem Augenblicke der Profeßleistung ist nach L. R. — in Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte — nicht zweifelhaft, wenn auch in Hinsicht der Beerbung nichts besonders bestimmt ist; vgl. Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 177. Die gegentheilige Ansicht von Koch Preußisches Erbrecht S. 163 ist unhaltbar. Es kann die bloße Möglichkeit, daß der Mönch aus dem Ordensstande austritt, nicht, wie dieser Schriftsteller annimmt, dazu führen, ihm für diesen Fall trotzdem, daß er bürgerlich für todt gilt, sein Vermögen vorzubehalten, ihm für dasselbe einen Vormund zu bestellen und ihn erst bei seinem natürlichen Tode beerben zu lassen. Im Fall der Erklärung der Nichtigkeit seines Gelübdes durch die zuständige Behörde L. R. II, 11 § 1174 ff. ist ihm freilich das Vermögen zurückzugeben. — Anerkennungen durch Ordensangehörige behandelt als gültig Entsch. des Kammergerichts Bd. 8 S. 117.

7) Zweifelhaft ist, ob die Rechtsunfähigkeit der Ordensgeistlichen nicht durch Art. 9 der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 und den hiermit übereinstimmenden Art. 10 der revidirten Verfassung vom 31. Januar 1850 aufgehoben ist. Es wird dort nämlich bestimmt, „der bürgerliche Tod und die Strafe der Vermögenseinziehung finden nicht statt." Nun kann nicht bezweifelt werden, daß nach dem bis dahin geltenden preußischen Rechte die Ordensgeistlichen als bürgerlich todt behandelt wurden. Es findet sich sogar dieser Ausdruck theils in den oben angezogenen älteren Gesetzen und Verordnungen, theils im Landrechte selbst. Nach ihrem Wortlaute betrifft also die Bestimmung der Verfassung offenbar auch das Verhältniß der Ordensgeistlichen. Gleichwohl giebt ihr die herrschende Meinung diese Beziehung nicht, indem sie den Verfassungsartikel einschränkend interpretirt. So das Obertribunal in Striethorsts Archiv Bd. 40 S. 230, Kammergericht Entsch. Bd. 8 S. 117. Nach dieser Interpretation soll der Art. 9 nur die Absicht haben, die Strafe des bürgerlichen Todes, wie sie nach französischem Rechte in der Rheinprovinz bis dahin bestand, zu beseitigen. Hierfür läßt sich anführen, daß die Fassung mit dem Art. 13 der belgischen Verfassung übereinstimmt: „der bürgerliche Tod ist abgeschafft", und daß bei dieser Bestimmung nur an die Strafe des bürgerlichen Todes gedacht war, ferner daß der Kommissionsentwurf der preußischen Nationalversammlung Art. 8 die Fassung hatte: „die Strafen des bürgerlichen Todes und der Vermögenskonfiskation finden nicht statt", wozu die Motive lauten: „der im französischen und rheinischen Recht geltende bürgerliche Tod ist längst als verwerflich anerkannt." Erwidern ließe sich hiergegen, daß, was jedenfalls beachtenswerth ist, der jetzige Verfassungsartikel von diesem Kommissionsantrage abweicht, indem er nicht mehr von der Strafe des bürgerlichen Todes, sondern vom bürgerlichen Tode schlechthin spricht. Ferner wäre, um zur einschränkenden Interpretation zu gelangen, der bestimmte Nachweis erforderlich, daß die

A. Beginn und Ende der Persönlichkeit.

§ 41. Geburt und Tod.

Mit Vollendung der Geburt beginnt die Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit des lebenden Kindes. Fortan können auch Dritte aus der Thatsache Rechte herleiten, daß ein Rechtssubjekt bestand, selbst wenn dessen Leben in kürzester Frist wieder erlosch. Selbständiges Leben genügt.[1] Auch unterscheidet das preußische Recht nicht, wie das römische und auch das ältere deutsche,[2] ob die Bedingungen der Erhaltung des einmal lebenden Wesens vorhanden waren, oder ob nur eine Frühgeburt ohne Lebensfähigkeit — Vitalität — existirte, so daß es diese zweifelhafte Frage der medicinischen Wissenschaft unberücksichtigt läßt.[3] Mißgeburten nicht menschlicher Art sieht jedoch nach dem Vorbilde des römischen, auch das preußische Recht nicht als vollberechtigte Rechtssubjekte an, gesteht ihnen vielmehr nur Anspruch auf Erhaltung zu. Wer aber einem von einem Menschen geborenen lebendigen Wesen die Eigenschaft einer Mißgeburt zuschreibt, hat den Mangel menschlicher Form und Bildung zu erweisen.[4]

Wenn auch die Persönlichkeit erst mit der Geburt beginnt, so widmet das Recht bereits dem Embryo im Mutterleibe — der Leibesfrucht — seine Vorsorge. Es gewährleistet ihm die sogenannten allgemeinen Rechte der Menschen,[5] d. h. Sicherung von Leben und Gesundheit, trifft Vorsorge, daß

Verordnung der Verfassung trotz ihres Wortlautes auf die Ordensgeistlichen keinen Bezug haben sollte; dieser Beweis wird aber nicht schon dadurch geführt, daß man bei der Abfassung zunächst das Strafmittel des bürgerlichen Todes im Auge hatte. Wie dem aber auch sei, so ist bei der Zweifelhaftigkeit der Auslegung des Verfassungsartikels nicht leicht zu erwarten, daß die Jurisprudenz von dessen gewohnheitmäßiger Auslegung abgehe.

1) Das Kind muß also geathmet haben, vgl. Ortloff Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit 1890. Trotz L. R. I, 1 § 13 ist nicht erforderlich, daß das Kind die Wände beschrie, — wie dies die naive Anschauung des Mittelalters erforderte. Sachsenspiegel I, Art. 33. Sächs. Lehnr. 20 § 1. Vgl. auch l. 3 C. de postumis 6, 29. Während man für das Civilrecht das Dasein des Menschen erst mit Vollendung der Geburt annimmt, ist im Sinne des Strafgesetzbuches ein Mensch bereits mit dem Beginn der Geburt, d. h. einem theilweisen Hervortreten des Kindes aus dem Mutterleibe anzunehmen, daher jetzt schon Kindesmord — Strafgesetzbuch § 217 —, vorsätzliche oder fahrlässige Tödtung möglich ist. Entsch. des R. G. in Strafsachen Bd. 1 S. 446 ff.

2) Die Frage ist bekanntlich für das römische Recht bestritten. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 50. Ueber deutsche Rechte siehe Stobbe Bd. 1 § 37.

3) Eine Vermuthung dafür, daß das reifgeborne Kind auch gelebt habe, wie sie Projekt des corp. jur. Frid. I. 1. § 4 u. österr. b. G. B. § 23 aufstellen, giebt es nach jetzigem preußischen Rechte nicht, wenn dasselbe auch die Fortdauer der einmal ins Leben getretenen Person vermuthet, L. R. I, 1 § 34.

4) L. R. I, 1 §§ 17. 18. Gutachten der Aerzte können über die Frage der Mißgeburt nur mit Vorsicht benutzt werden, da, was „eine Geburt ohne menschliche Form und Bildung sei" (contra formam humani generis l. 14 D. de statu hominum 1, 5), von subjektiver Anschauung abhängt. Daß insbesondere auf die Bildung des Kopfes zu sehen sei, ergiebt sich daraus, daß sich in ihm vorzugsweise das eigenthümlich Menschliche ausspricht; vgl. auch l. 44 pr. D. de religiosis 11, 7.

5) L. R. I, 1 § 10. Einl. 83.

ihm in geeigneten Fällen ein Pfleger — curator ventris — bestellt wird,[6] und behält ihm mit Rücksicht auf die nahe, wahrscheinliche Rechtsfähigkeit Rechte vor, welche ihm anfallen würden, wenn er bereits Person wäre.[7] Das römische Recht beschränkt dies — wohl in Folge seiner unentwickelten Stellvertretung — auf solche Rechte, welche, wie Erbrechte, schon von Rechtswegen angetragen werden; für das moderne Recht aber, welches Stellvertretung im weitesten Maße zuläßt, ist eine Beschränkung auf den Erwerb von Rechtswegen nicht anzunehmen, so daß richtiger Ansicht nach dem Embryo auch durch Verträge seines Pflegers, ja selbst durch unbevollmächtigte Vertreter vorbehaltlich späterer Genehmigung, erworben werden kann.[8] Dagegen können richtiger Ansicht nach Personen, deren künftige Konception erst erhofft wird, aus Verträgen, welche zu ihren Gunsten geschlossen werden, keine Rechte erwerben, und es ist namentlich ihr Beitritt zu denselben durch etwaige Stellvertreter unzulässig.[9] Es ergiebt sich dies einmal aus dem formalen Grunde, daß sie keine gegenwärtigen Personen sind, auch nicht, wie der Embryo, den Personen ausdrücklich gleichgestellt sind. Aber auch materielle Rücksichten sprechen gegen die Rechtswirksamkeit von Geschäften zu Gunsten noch nicht Koncipirter, da es nicht zweckmäßig ist, die Verhältnisse der Lebenden ohne Noth durch Verfügungen ins Ungewisse zu stellen, deren Bedeutung sich erst nach dem Verlaufe einer ungemessenen Zeit übersehen läßt.[10 11]

---

6) Vormundschaftsordnung § 88. Dernburg B. R. § 101.

7) L. R. I, 1 § 12. D. de statu hom. 1, 5, vgl. auch Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 446 ff. Für den Fall, daß das Kind nicht selbst Rechtsfähigkeit erlangt, kommt dieser Vorbehalt nicht etwa Dritten zu Gute. Etwas ganz Anderes ist die Frage, ob die A., welche unter der Bedingung letztwillig bedacht ist, daß sie zur Zeit des Todes des Erblassers ein Kind habe, erbt, wenn sie ein Kind nur erst im Mutterleibe trägt, welches nachher lebend geboren wird. Dies wird nach der vermuthlichen Absicht des Erblassers zu entscheiden sein. Anderer Ansicht Unger Bd. 1 S. 234.

8) Förster-Eccius behaupten Bd. 1 § 19 Anm. 5, der Vorbehalt beziehe sich „wesentlich" nur auf die Standes- und Erbrechte. Doch ihr Citat eines verstümmelten Satzes aus l. 3 D. si pars hered. 5, 4 kann dies nicht erhärten; ebensowenig, daß sich besondere Anwendungen des allgemeinen Satzes von L. R. I, 1 § 12 auf den Adel — L. R. II, 9 §§ 93, 100 — und auf Erbrechte finden, L. R. I, 9 § 371 ff. I, 12 § 527. Eine Anerkennung der allgemeinen Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht liegt u. A. darin, daß auch die Vollmacht ihres Pflegers in B. O. § 88 nicht begrenzt ist; eine Erweiterung ihrer Rechtsfähigkeit leiten wir hieraus nicht erst ab, wie dies Eccius a. a. O. S. 92 mißversteht. Mit Recht hat auch das R. O. H. G. Bd. 23 S. 198, indem es sich gegen Förster erklärt, dem Embryo Alimentationsansprüche auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes im Fall der Tödtung seines Ernährers zuerkannt. Negotiorum gestio für den Embryo ist ebenso zulässig, wie für eine werdende juristische Person.

9) Daher können bei Abschluß eines Familienschlusses, welcher ein Fideikommiß verändert oder aufhebt, noch nicht Koncipirte weder auf eine Vertretung Anspruch machen, noch gegen den Beschluß, der im Uebrigen einstimmig sein muß, später Einwendung erheben. L. R. II, 4 §§ 44, 45.

10) Eine Schenkung des Großvaters zu Gunsten einer Enkelin und derjenigen Geschwister derselben, welche seine Tochter inskünftige noch empfangen oder gebären werde,

Die Geburt eines Menschen sowie die etwa in Frage kommende frühere Zeit der Geburt hat im Streitfall derjenige, welcher Rechte auf sie stützt, zu erweisen. Ist die Erstgeburt zwischen Zwillingen streitig und von rechtlicher Wichtigkeit, so entscheidet, wie oben bereits bemerkt wurde, das Loos.[12]

Durch den Tod endet die natürliche Persönlichkeit. Geschäfte zu Gunsten oder zu Lasten einer Person, welche zur Zeit des Geschäftsschlusses bereits verstorben war, sind daher nichtig.[13] Wer Rechte auf den Tod einer Person gründet, hat deren Tod zu erweisen; ist auch die Zeit des Todes wesentlich für die Begründung seiner Ansprüche, so hat er dieselbe gleichfalls darzuthun. Wenn daher mehrere Personen in einer gemeinsamen Gefahr zu Grunde gegangen sind und es nicht ermittelbar ist, wer zuerst verstarb,[14] so wird die Sache so behandelt, wie wenn Keiner den andern überlebt hätte.

Seit dem 1. Oktober 1874 erfolgt die Beurkundung der Geburten und Sterbefälle ausschließlich durch die staatlich bestellten Standesbeamten mittels Eintragung in die dazu bestimmten Register.[15] Die ordnungsmäßig geführten Standesregister beweisen diejenigen Thatsachen, zu deren Bekundung sie bestimmt sind, bis der Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der Anzeigen und Feststellungen, auf Grund deren die Eintragung stattgefunden hat, erbracht ist.[16] [17]

---

kann daher von den Nachgeborenen nicht etwa um deswillen geltend gemacht werden, weil sie von deren Eltern angenommen wurde. Anders O. Trib. Entsch. Bd. 47 S. 113.

11) Die Erbfähigkeit noch nicht Koncipirter unterliegt jedoch anderen Grundsätzen, siehe unten Bd. 3 § 100 Anm. 7.

12) L. R. I, 1 § 16, oben § 36 a. E.

13) Vorbehaltlich L. R. I, 13 §§ 190. 200. — Ein Wechsel wurde zu Gunsten des A. ausgestellt. Nach dessen Tode wurde, um dem Schuldner eine Frist zu gewähren, ein neuer Wechsel an dessen Statt ausgestellt, jedoch nicht auf den Namen der Erben des A., sondern der Vereinfachung wegen noch einmal auf den Namen des bereits verstorbenen A. Der Wechsel ist nichtig.

14) L. R. I. 1 § 39 übereinstimmend mit der Regel der l. 16—18. D. de rebus dubiis 34, 5, von welcher l. 9 § 1 l. 22. l. 23 D. de rebus dub. singuläre Ausnahmen bildeten, welche dem preußischen Rechte fremd sind. Hängt also eine Lebensversicherung zu Gunsten des A. davon ab, daß dieser den B. überlebt, und würden beide in einer Gefahr sterben, ohne daß der frühere Tod des B. erhellte, so wäre nichts geschuldet; vgl. l. 26 D. de mort. caus. don. 39, 6.

15) Preuß. Gesetz vom 9. März 1874 § 1, Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 § 1.

16) Preußisches Gesetz § 11, Reichsgesetz § 15. Wenn auch der Gegenbeweis offen gelassen ist, wird gleichwohl in zweifelhaften Fällen nunmehr die Anzeige beim Standesamt — trotz der naheliegenden Möglichkeit von Irrthümern — über die Frage thatsächlich entscheiden, ob ein während oder nach der Geburt verstorbenes Kind gelebt habe; vgl. § 23 des Reichsgesetzes. Bei Zwillings- oder Mehrgeburten soll die Eintragung für jedes Kind besonders und so genau bewirkt werden, daß die Zeitfolge der verschiedenen Geburten ersichtlich ist. Reichsgesetz § 22 Abs. 2. Auch hier wird thatsächlich die Eintragung über die frühere Geburt entscheiden, wenn, was freilich seine Schwierigkeiten hat, die Identität des als erstgeboren Eingetragenen festzustellen ist.

17) Erfolgte keine Eintragung in die Register oder sind dieselben nicht wenigstens im Wesentlichen ordnungsmäßig geführt oder sind sie zu Grunde gegangen, so ist der Nach-

§ 42. Lebensvermuthung.[1]

Es kann zweifelhaft sein, ob Jemand zu einer bestimmten Zeit noch gelebt und in Folge dessen Rechte, insbesondere Erbrechte, erworben habe. Die natürliche Lösung ist, demjenigen, welcher den Erwerb solcher Rechte für eine Person behauptet, den Beweis des Lebens dieser Person im Augenblicke des Anfalls des Rechtes aufzuerlegen und für den Fall des Mißlingens dieses Beweises den behaupteten Anspruch zurückzuweisen. Die juristische Theorie seit der Zeit der Glossatoren jedoch ging nach dem Grundsatze, daß Veränderungen nicht vermuthet werden, davon aus, daß, wer einmal gelebt habe, so lange als lebend anzusehen sei, bis die entgegengesetzte Thatsache des Todes nachgewiesen werde. Diesen bei folgerechter Durchführung absurden Satz beschränkte man dann wieder dadurch, daß man die Vermuthung für das Leben doch nur bis zum Alter von hundert Jahren erstreckte[2] und sie später, insbesondere in Deutschland, an der Hand der Erfahrung und auf Grund des 90. Psalms nur bis zum siebenzigsten Jahre gelten ließ.[3] Die Vermuthung gilt, wie für Abwesende, von denen keine Kunde geht, so auch für Personen, die zwar in ihrer Heimath seiner Zeit verstarben, deren Todestag aber gleichwohl nicht festzustellen ist. Die Begrenzung der Vermuthung für das Leben schließt aber keineswegs die entgegengesetzte Vermuthung in sich, daß die Person, auf welche sie zur Anwendung kommt, mit Ueberschreiten jener Altersgrenze auch verstorben sei, vielmehr ist das Leben dieser Person fortan nur ins Ungewisse gestellt. — Trotz ihrer Irrationalität hat das Landrecht die Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bis zum vollendeten 70. Jahre übernommen.[4] [5] Es fallen daher dem Abwesenden bis zu diesem Zeitpunkt Erbschaften an. Der Nießbrauch dauert bis zu diesem Augenblicke fort, Alimente und persönliche Renten werden bis dahin geschul-

---

weis der Geburt und Tod durch die gewöhnlichen Beweismittel zu führen. Das Gleiche gilt für Geburts- und Todesfälle, die vor den 1. Oktober 1874 fallen, vgl. A.G.O. I, 10 §§ 128 und 162.

1) Bruns die Verschollenheit in Bekkers Jahrb. Bd. 1 S. 90 ff., Riesenfeld Verschollenheit 1891.

2) Glosse zu l. 2 § 4 D. quemadmodum testamenta: quilibet praesumitur vivere etiam utique ad centum annos.

3) Schon Menochius de probationibus II, 8. Dies war als gemeines Recht anzusehen. Doch erklären sich neuere gemeinrechtliche Schriftsteller mit Hintansetzung der historischen Tradition gegen die Lebensvermuthung, welche auch partikularrechtlich zum Theil verlassen wurde. Vgl. die Citate bei Roth d. P. R. Bd. 1 § 61 unter V; siehe auch Preußisches Gesetz über Erbbescheinigung vom 12. März 1869 § 3 Abs. 3.

4) L. R. I, 1 §§ 37. 38. „Kommt es darauf an, ob Jemand einen gewissen Erb- oder anderen Anfall noch erlebt habe, so wird vermuthet, daß ein Mensch, von dessen Leben oder Tode keine Nachricht zu erhalten ist, nur siebzig Jahre alt geworden sei." Vgl. L. R. II, 2 §§ 452, 453.

5) Ueber die Lebensvermuthung beim Urheberrecht siehe unten Bd. 2 § 311 Anm. 5.

det, so daß der Vormund des Abwesenden dieselben einklagen kann. Die Vermuthung des Lebens gilt aber freilich nur bis zu einer etwaigen Todeserklärung, deren Kraft die schwächere Lebensvermuthung überwiegt.[6]

§ 43. Richterliche Todeserklärung. Einleitung.

In der Praxis der altgermanischen Gerichte war üblich, daß der seit langer Zeit Verschollene, d. h. ein Abwesender, von dem man keine Kunde hatte, für todt erklärt und daß sein Vermögen seinen Erben ausgehändigt wurde.[1] Auch hier liegt eine Vermuthung zu Grunde, nämlich die des Todes des Verschollenen. Aber weit verschieden von der romanistischen Lebenspräsumtion ist diese Vermuthung. Die erstere ist eine Ausgeburt juristischer Scholastik, die Vermuthung des Todes eines Verschollenen hingegen entspricht dem gewöhnlichen Gange der Dinge; jene entbehrt der inneren Begründung, diese entspricht dem praktischen Bedürfnisse. Gleichwohl sind vielfach beide Vermuthungen in Beziehung getreten.

Insbesondere lehnte sich die sächsische Praxis[2] [3] an die romanistische Lebensvermuthung an; die Todeserklärung durch den Richter sollte hiernach erst erfolgen können, wenn der Verschollene bereits das 70. Lebensjahr überschritten hätte. Eine andere rationellere Auffassung dagegen,[4] welche insbesondere in Schlesien galt,[5] forderte Verfluß eines bestimmten Zeitraumes seit der letzten Kunde vom Verschollenen. Und zwar verlangte man ursprünglich nach dem Vorbilde der Verjährungszeit Ablauf von 30 Jahren seit der Verschollenheit. Als aber später Ediktalien (Aufforderungen) in den öffentlichen Blättern gebräuchlich wurden, schien eine kürzere Zeit zu genügen. Das preußische Verschollenheitsgesetz vom 23. Oktober 1763,[6] die Grundlage des Landrechts, forderte demnach für die Zeit zwischen der letzten Kunde und dem Antrage auf Todeserklärung nur 10 Jahre.

Gemeinrechtlich war lange bestritten, ob der Tod bereits zu rechnen sei von dem ersten Dekret — nämlich der provisorischen Einweisung der Erben in

6) Ueber die Erbfähigkeit eines Verschollenen entscheiden seine statuta personalia, nicht die des Erblassers, vgl. R. G. Bd. 25 S. 142.

1) Vgl. Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 226.

2) Vgl. die bei Bruns a. a. O. angeführten coutumes.

3) Bruns a. a. O. S. 176. Von Vielen wird die sächsische Praxis als gemeines deutsches Recht angesehen; vgl. übrigens Roth d. P. R. Bd. 1 S. 340 Anm. 18.

4) Insbesondere Reskript des Kaisers Mathias an den Rath der Stadt Görlitz von 1616 bei Bruns a. a. O. S. 155.

5) Das Erzherzogthum Schlesien koncernirende privilegia, statuta und sanctiones, Breslau bei Brachvogel 1713 ff. S. 492, 498.

6) In Preußen schloß man sich ursprünglich an das sächsische System an. So eine Verordnung vom Jahre 1728 C. C. M. Th. 2 Abth. 1 n. 250 S. 791, ferner Cod. Frid. March. III, 17 § 20. Seit 1752 entschied man sich für das schlesische System, N. C. C. Bd. 1 S. 272 n. 4, S. 299 n. 26.

das Vermögen des Verschollenen, welche gewohnheitsmäßig gegen Kaution zu geschehen pflegte, wenn man längere Zeit von einem Abwesenden ohne Kunde war (successio ex tunc), oder von dem zweiten Dekret, nämlich der Todeserklärung desselben (successio ex nunc).[7]

§ 44. Die Verschollenheit nach jetzigem preußischem Rechte.[1]

Im Landrechte ist das erste richterliche Dekret, welches auf Grund des älteren deutschen Rechtes die Verwandten in das Vermögen des seit einiger Zeit Verschollenen gegen Kaution einwies, weggefallen. Dem Verschollenen wird vielmehr zunächst ein Vormund mit den gewöhnlichen Rechten und Pflichten eines solchen gesetzt.[2]

1. Die Todeserklärung kann beantragt werden, wenn 10 Jahre seit der letzten Kunde von dem Verschollenen abgelaufen sind. War der Verschollene bei seinem Weggange minderjährig, so müssen 10 Jahre von der Zeit der Volljährigkeit an verflossen sein; war er fünfundsechzig Jahre und darüber, so genügen 5 Jahre. Zuständig ist das Gericht des letzten Wohnsitzes des Verschollenen, nur für die seltenen Fälle, in welchen der Verschollene nie einen Wohnsitz hatte, tritt der letzte Aufenthalt im Inland bestimmend ein. Personen, welche außerhalb Preußens ihren Wohnsitz hatten, unterliegen der Todeserklärung durch preußische Gerichte nicht. Zum Antrage auf Verschollenheitserklärung ist berechtigt, wer als Verwandter oder Vertragserbe Ansprüche auf das nachgelassene Vermögen erheben könnte, desgleichen der Ehegatte des Verschollenen.[3] Sind keine Verwandten bekannt oder machen sie keine Rechte auf das Vermögen geltend, so ist der Vormund des Abwesenden, sowie der Fiskus zum Antrage befugt.[4] Der Antragsteller hat die zur Begründung des Antrages

---

7) Später wurde lebhafteste gemeinrechtliche Kontroverse, ob der Tod anzunehmen sei von der Rechtskraft des Erkenntnisses an — ex nunc — oder bereits mit Ablauf der Frist, welche gesetzlich für das Eintreten der Präsumtion vorausgesetzt ist — ex tunc — vgl. bei Roth d. P. R. Bd. 1 S. 361 Citirte.

1) L. R. II, 18 §§ 821—855. A. G. O. I, Tit. 37. Ausführungsgesetz vom 24. März 1879 zur deutschen Civilprozeßordnung § 22.

2) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 82, vgl. L. R. II, 18 § 19 ff.

3) L. R. II, 1 § 692. Nicht minder der auf den Todesfall des Verschollenen Versicherte, vgl. L. R. II, 8 § 2296.

4) L. R. II, 18 § 826, Anh. § 282 zu A. G. O. I, 37 § 3. — Abs. 2 des citirten § 22 des Ausführungsgesetzes, welches die erbberechtigten Verwandten, den Ehegatten und den Vormund des Verschollenen zu dem Antrag auf das Aufgebot für berechtigt erklärt, hat keinen Bezug auf preußisches Recht, sondern auf Schleswig-Holstein, wo bisher das Aufgebot von Amtswegen veranstaltet wurde. — Abs. 3, wonach — entsprechend L. R. II, 18 § 836 — dann, wenn der Antragsteller im Laufe des Verfahrens stirbt oder dasselbe nicht fortsetzt, Jeder, auf dessen Antrag das Verfahren einzuleiten ist, das Verfahren fortsetzen kann, hat Geltung für die Gesammtmonarchie. Vom Antragsteller gilt

erforderlichen Thatsachen glaubhaft zu machen und sich zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Behauptungen zu erbieten. Außerdem werden Ediktalien erlassen, durch welche der Verschollene, sowie etwaige Erbprätendenten aufgerufen werden.[5] Der Tod wird angenommen mit der Rechtskraft des Urtheiles, welches denselben erklärt.[6]

2. In einigen Fällen genügt eine kürzere Frist, wenn nämlich außer dem an und für sich bloß negativen Anzeichen, daß keine Kunde von dem Verschollenen besteht, positive Anzeichen für den Tod vorliegen.

a) Insbesondere nahm das Landrecht aus der romanistischen Theorie[7] den Satz auf, daß als todt anzusehen sei, wer im Kriege schwer verwundet war, falls während eines Jahres nach hergestelltem Frieden keine Nachricht von ihm einlief. Auch sind mehrfache Sonderbestimmungen nach dem Abschluß von Kriegen für die Theilnehmer an denselben getroffen worden.[8] Sehr weit gingen insbesondere die Gesetze vom 24. Februar 1868 und vom 2. April 1872 in Bezug auf diejenigen Personen, welche an einem der von Preußen geführten Kriege der Jahre 1864, 1866 und 1870—1871 Theil genommen haben und nach dem Kriege vermißt wurden. Solche Personen können auf Grund der eidlichen Behauptung der Antragsteller, daß keine Kunde von ihnen seit dem Friedensschlusse eingelaufen sei, ohne öffentliche Aufforderung und ohne weiteren Zeitablauf für todt erklärt werden, so daß der letzte December 1864 beziehentlich 1866 oder der 30. Juni 1871 als Todestag gilt.[9]

b) Nach zweckmäßiger besonderer Bestimmung kann ferner richterliche Todeserklärung erfolgen, wenn von einer Person, welche sich auf einem unter-

---

hier: non sibi quidquam acquirit, sed aliquid ex ordine facit et ideo caeteris quoque prodest, wie für ein anderes Verhältniß l. 11 D. de r. a. j. v. 42, 5 ausspricht.

5) Das Aufgebotverfahren regelt sich nach der R. C. P. O.; nur die neunmonatliche Frist von der ersten Bekanntmachung an ist aus A. G. O. I, 37 § 6 Ziff. 3 beibehalten; citirtes Ausführungsgesetz §§ 22, 24. Das Aufgebot hat nicht zu erfolgen, wenn vom Verschollenen seit der letzten Nachricht, oder wenn er sich als Minderjähriger entfernte, von seiner Großjährigkeit an 40 Jahre verflossen sind. L. R. I, 18 § 854, vgl. N. C. C. I, S. 299.

6) Soweit ein Aufgebot vorherging, tritt in Folge § 22 des Ausführungsgesetzes zur R. C. P. O. die Rechtskraft nach Maßgabe der R. C. P. O. ein; soweit dies nicht der Fall ist, soll nach Eccius bei Förster § 19 Anm. 20 bezüglich des Eintrittes der Rechtskraft das alte Recht maßgebend sein, vgl. hierüber Förster bei Gruchot Bd. 2 S. 361 — jedoch mit Beachtung von R. C. P. O. § 187 nach § 1 des Ausführungsgesetzes.

7) L. R. I, 1 § 35. So schon Bartolus zu l. 2 § 4 D. test. quemadm. aperiantur.

8) Gesetz vom 22. Mai 1822. Erst das Gesetz vom 2. August 1828 ließ, „da seit Beendigung des Krieges von 1806 bis 1815 eine Reihe von Jahren verflossen war“, eine Todeserklärung derjenigen, die an jenem Kriege Theil nahmen, auch ohne Ediktalcitation auf Grund eidlicher Versicherung des Antragstellers, daß er von dem Leben des Abwesenden keine Kunde habe, zu.

9) Die erwähnten Gesetze waren zwar dem vom 2. August 1828 nachgebildet, jedoch unvergleichlich schroffer, weil sie eine Todeserklärung unmittelbar nach dem Kriege ermöglichten, ohne daß Ediktalien vorhergegangen waren. Es sind jedoch keine Nachtheile zu Tage getreten.

gegangenen Schiffe befand, innerhalb eines Jahres nach dem Schiffbruche keine Nachricht eingegangen ist, woran sich weitere Vermuthungen für den Untergang eines verschollenen Schiffes schließen.[10]

3. Die richterliche Todeserklärung begründet eine Vermuthung für den Tod des Verschollenen, wie auch für das Erbrecht des unter dieser Unterstellung nächsten Erbberechtigten,[11] so jedoch, daß Letzterer dem Nachweise besseren Rechtes weicht. Daher kann der für todt Erklärte, wenn er sich legitimirt, Rückgabe seines Vermögens fordern. Auch werden durch das Verschollenheitsverfahren Erbberechtigte nicht ausgeschlossen, welche an demselben keinen Theil hatten.[12] Sie können daher immer noch den Eingewiesenen überwinden, sei es, indem sie sich durch den Nachweis des Todes oder auf andere Weise, z. B. durch Beibringung eines Testamentes, als die wahren Erben legitimiren. Jedoch wird der gutgläubige Präsumtiverbe nur insoweit verhaftet, als das Vermögen des Verschollenen bei ihm noch unverändert oder seinem Werthe nach vorhanden ist.[13] Auch kann der Berechtigte nur solche Dritte, welche vom Eingewiesenen durch Schenkungen oder sonst unentgeltlich Gegenstände des Todterklärten erhielten, zur Rückgabe des noch Vorhandenen oder des Betrages der Bereicherung anhalten; diejenigen redlichen Dritten hingegen, welche durch lästige Verträge Etwas vom Eingewiesenen erwarben, sind gesichert. Wenn 30 Jahre seit der Todeserklärung verflossen, ohne daß der Verschollene oder dessen wahre Erben sich meldeten, so erlöschen deren Rechte an dem Vermögen, welches in den Besitz des Präsumtiverben kam, vollständig. Immerhin ist der Verschollene selbst, und es sind außerdem dessen erbberechtigte Nachkommen noch befugt, von dem Besitzer des Vermögens, soweit dasselbe dazu hinreicht, nothdürftigen Unterhalt zu fordern.[14] Als unredlicher Besitzer haftet der Eingewiesene,

---

10) Gesetz vom 24. Februar 1851 an Stelle von L. R. I, 1 § 36.

11) Anders freilich Eccius Bd. 1 § 19 S. 94. Nach der richterlichen Todeserklärung ist zur Publikation des etwaigen Testamentes zu schreiten, L. R. II, 18 § 839. Gemäß der allgemeinen Grundsätze des preußischen Rechtes gilt der nächste Präsumtiverbe als ipso jure Erbe geworden; für die Berechnung der Ueberlegungsfrist tritt der Tag der Rechtskraft der Todeserklärung an die Stelle des Todestages. Wie der Erbe in den Besitz des Nachlasses kommt, bestimmt sich nach den Umständen. Er kann eine richterliche Erbbescheinigung erwirken, worauf ihm der Vormund des Abwesenden das Vermögen aushändigen muß. Ueber die Lösung der Ehe des Verschollenen siehe unten Bd. 3 § 17.

12) L. R. II, 18 §§ 842. 843.

13) L. R. II, 18 § 847 nach Analogie der römischen hereditatis petitio vgl. l. 20 § 6. l. 23 pr. D. de her. pet. 5, 3. Die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte hingegen behält der bona fide Eingewiesene, abweichend von den Grundsätzen der römischen hereditatis petitio, auch wenn er sich im Augenblicke der Klageanstellung noch durch sie bereichert findet, L. R. II, 18 § 848, dagegen l. 2 C. de hered. pet. 3, 31 verb. fructibus augetur hereditas.

14) L. R. II, 18 § 849 ff.

ohne daß ihm eine Zeitgrenze zu Gute kommt, sofern er das Leben des für todt Erklärten oder das bessere Erbrecht Dritter im Augenblicke der Todeserklärung kannte.

B. Verschiedenheit der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen.

§ 45. Inländer und Ausländer.[1]

Das heutige Recht stellt bezüglich der Privatrechte und deren gerichtlicher Verfolgung die Ausländer den Inländern im Wesentlichen gleich, bahnt hiermit gleichsam ein allgemeines privatrechtliches Bürgerrecht an und fördert so das Wohl auch der eigenen Unterthanen mehr, als durch einseitige Bevorzugung derselben geschehen könnte.

Insbesondere sind in Preußen wie in den anderen Bundesstaaten die Angehörigen des deutschen Reiches in Folge des durch die Reichsverfassung geschaffenen gemeinsamen Indigenats wie Inländer zu behandeln; es wurde hiermit die Anwendung von bestehenden oder künftig erlassenen Rechtsregeln, welche Fremde ungünstiger behandeln als Inländer, auf Reichsangehörige unstatthaft.[2] Des Weiteren sind in gewissen Beziehungen Angehörige der zum ehemaligen deutschen Bund gehörigen Territorien anderen Fremden gegenüber begünstigt.[3] Eine Rechtsverschiedenheit zwischen Fremden und Einheimischen findet sich überhaupt nur in Einzelheiten aus besonderen Gründen,[4] [5] vorzugsweise um die Gleichstellung unserer Staatsangehörigen

1) L. R. Einl. § 38 ff. Wächter Bd. 2 S. 82.

2) Reichsverfassung Art. 3. Laband Staatsrecht Bd. 1 § 19. Eine Weiterbildung des Art. 3 der Reichsverfassung ist das Bundesgesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867, und das Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit. Auch der Begriff Inland beschränkt sich — z. B. bezüglich des Erfordernisses des inländischen Grundbesitzes als Bedingung für die Entbindung von Sicherheitsstellung, ferner bezüglich der Zulässigkeit der Einrede der Vorausklage des Bürgen — zur Zeit nicht mehr auf das Gebiet eines einzelnen Bundesstaates, vielmehr ist unter Inland jetzt das gesammte Gebiet des Reichs zu verstehen. Es ergiebt sich dies aus der Analogie des Art. 3 und der Tendenz des Rechtshülfegesetzes vom 21. Juni 1869, obgleich dem Wortlaute nach nur von Aufhebung des Unterschiedes zwischen Ausländern und Inländern, also einer persönlichen Eigenschaft, die Rede ist. R. O. H. G. Bd. 16 S. 266, R. G. Bd. 6 S. 154. In Bezug auf das Lotteriewesen jedoch sind auch die deutschen Bundesstaaten gegeneinander Ausland geblieben. Entsch. des R. G. in Strafsachen Bd. 1 S. 219, Bd. 5 S. 301, S. 314, S. 375.

3) Dies bezüglich des Urheberrechtes Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 § 62, vom 9. Januar 1876 § 21.

4) Allgemeine Zurücksetzung der Fremden kannte der preußische Civilprozeß durch die an den s. g. landsassiatus plenus sich anlehnende Bestimmung der Kabinetsordre vom 15. März 1809 (Matthis Bd. 8 S. 22), Anh. § 34 zu A. G. O. I, 2 § 114, wonach Ausländer, welche im Inland Vermögen — nicht bloß Grundstücke hatten, z. B. Forderungen gegen inländische Schuldner, wie mit dinglichen, so auch mit persönlichen Klagen von Inländern bei den inländischen Gerichten belangt werden konnten. Dem entsprechend erkennt die R. C. P. O. § 24 für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, die Zuständigkeit desjenigen Gerichtes an, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch

im Ausland mit dessen Angehörigen durch einen Druck auf das Ausland herbeizuführen.

Diesen Zweck verfolgt auch die Klausel mancher Gesetze, wonach gewisse an sich die Ausländer zurücksetzende Normen in dem Falle nicht anzuwenden sind, wenn in deren Heimatsstaat die Gegenseitigkeit für unsere Staatsangehörigen verbürgt ist.[6]

Denselben Zweck hat das Wiedervergeltungsrecht — die Retorsion —, wonach die Unterthanen eines fremden Staates dieselbe Zurücksetzung erfahren sollen, welche in deren Heimatsstaat unsere Angehörigen, sei es als Preußen, sei es als Fremde durch Gesetz oder wissentliche Duldung des Staates den eigenen Unterthanen gegenüber erfahren.[7] Ueber die Frage, ob der Fall vorhanden ist, hat nach preußischem Recht der Richter zu erkennen.[8] Da aber das Wiedervergeltungsrecht zu einem bestimmten politischen Zweck gegeben ist, so erscheint es nicht ungerechtfertigt, dasselbe von einer Verfügung der politischen Behörden abhängig zu machen. In diesem Sinne knüpft die Reichskonkursordnung[9] Maßnahmen, durch welche die Angehörigen eines fremden Staates und deren Rechtsnachfolger den inländischen Gläubigern im Konkurse nachgesetzt werden, an eine unter Zustimmung des Bundesrathes erlassene Anordnung des Reichskanzlers.

§ 46. Stand. Religion.

1. Im Gegensatze gegen die mittelalterliche Rechtsordnung, welche, wie die öffentliche Geltung, so auch die privatrechtliche Befähigung der Individuen nach deren Geburtsstand verschieden abstufte, verhält sich das heutige Privatrecht gleichgültig gegen das Moment des Geburtsstandes. Dasselbe eröffnet vielmehr, indem es jede Person mit der gleichen privaten Rechts- und Handlungsfähigkeit ausstattet, an und für sich Allen freie und gleiche Bahn.

---

genommene Gegenstand befindet. Forderungen gelten als am Wohnsitz des Schuldners befindlich, wie auch dort, wo sich eine zur Sicherheit haftende Sache findet, mag sie dem Schuldner oder einem Dritten gehören. Der Gerichtsstand hat den des Arrestes ersetzt.

5) Das Gesetz vom 28. Mai 1874 hat die früher nach L. R. II, 9 § 39, Kab. O. vom 28. März 1809 zum Erwerb von Rittergütern durch Ausländer erforderte Specialkoncession des Ministers des Innern aufgehoben.

6) Vgl. z. B. R. C. P. O. § 102 Ziff. 1 bezüglich der Sicherheitsleistung des Klägers wegen Prozeßkosten, § 106 bezüglich des Armenrechtes, § 661 Ziff. 5 bezüglich des Vollstreckungsurtheils auf Grund eines ausländischen Urtheils.

7) Einl. des L. R. § 43 ff. Anwendungen macht L. R. I, 12 § 40 für Erbbefähigung, L. R. II, 17 § 173 für das Recht des Fiskus an bona vacantia, Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 3 — vgl. L. R. II, 8 § 963 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 1 ff.

8) Ist der Fall der Wiedervergeltung nicht gerichtskundig, so ist beim Justizminister anzufragen arg. L. R. II, 8 § 935. Dagegen ist die Bestimmung von L. R. Einl. § 44, wonach Unterrichter ohne Genehmigung ihrer Vorgesetzten nie auf Retorsion erkennen können, veraltet, jedenfalls durch das Reichsgerichtsverfassungsgesetz beseitigt.

9) R. K. O. § 4. Vgl. auch Reichsgewerbeordnung vom 1. Juli 1883, § 64 Abs. 3.

Dies Princip lag nun freilich dem Landrecht noch keineswegs zu Grunde. Das Landrecht gab insbesondere dem Adel die ausschließliche Berechtigung zum Besitze adeliger Güter, schloß ihn dagegen von bürgerlichem und bäuerlichem Besitze aus, erkannte die Gutsunterthänigkeit der Bauern, soweit sie bestand, an und verbot dem Adel und Bauer die sogenannte bürgerliche Nahrung.[1] Die wirthschaftliche Abschließung der Geburtsstände wurde jedoch bereits durch die Reformgesetzgebung des Jahres 1807 beseitigt.[2]

Die Gleichberechtigung suchte zur vollen Geltung zu bringen Art. 4 der Verfassungsurkunde, nach welchem Standesvorrechte nicht mehr stattfinden sollen.[3] Als Zweck dieser Bestimmung ist Beseitigung sämmtlicher auf dem Geburtsstande als solchem beruhenden privatrechtlichen Unterschiede anzusehen;[4] dagegen geht ihre Absicht nicht dahin, diejenigen privatrechtlichen Verschiedenheiten aufzuheben, welche in dem Berufsstande, z. B. in dem Militärstande, in dem Stande der Geistlichen oder in der durchschnittlichen und unterstellten höheren Bildung gewisser Bevölkerungsklassen begründet sind. Solche Verschiedenheiten kommen daher noch in gewissem Maße im heutigen preußischen Recht vor, wie sie auch durch die Verschiedenheit der bezüglichen Lebensverhältnisse zum Theil gerechtfertigt sind.

2. Das religiöse Bekenntniß war nach dem Vorbilde der späteren römischen Kaiserzeit bis in die neuere Zeit herab für die privatrechtliche Stellung der Individuen von Wichtigkeit und bildete die Quelle theils von Zurücksetzungen, theils von Bevorzugungen. Im Einklang mit der preußischen Verfassungsurkunde Art. 12 wurden dagegen durch das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 alle Rechtsnormen, welche aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses Beschränkungen der bürgerlichen oder staatsbürgerlichen Rechte herleiteten,

---

1) L. R. II, §§ 37. 51, nach K. O. vom 18. Februar 1775, N. C. C. V, S. 66. L. R. II, 9 § 76—79. 81. II, 7 § 2 ff.

2) Aufgehoben wurde die Gutsunterthänigkeit und zwar letztlich vom 11. November 1810 ab, sowie die auf Erwerb von Grund und Boden gerichteten Standesvorrechte durch das Edikt betreffend den erleichterten Besitz des Grundeigenthums vom 9. Oktober 1807 §§ 1. 2. 12.

3) Vorbehaltlich der Rechte der früheren Reichsunmittelbaren nach Art. 14 der deutschen Bundesakte von 1815, Gesetz vom 10. Juni 1854.

4) Insbesondere war es eine Streitfrage, ob durch die Bestimmung des Art. 4 der Verfassung die — auf Grund des Edikts vom 8. Mai 1739 cont. C. C. M. I. S. 251 — erlassene Vorschrift des L. R. II, 1 § 30 beseitigt worden sei, nach welcher Adelige mit Frauen aus dem Bauern- oder niederen Bürgerstande ohne Erwirkung einer Dispensation keine Ehe zur rechten Hand schließen konnten. Dagegen entschied das O. Trib. Präj. 2485. Die Frage ist durch das Gesetz vom 22. Februar 1869 erledigt worden, welches die §§ 30—33 des L. R. aufhob. Fortbestehend ist die hie und da provinziell geltende Exemtion der Adligen von der provinziellen allgemeinen Gütergemeinschaft vgl. unten Bd. 3 § 34 Anm. 4.

aufgehoben.[5] Insbesondere gehören hiernach die privatrechtlichen Beschränkungen und Bevorzugungen der Juden der Rechtsgeschichte an.[6] [7] Es ist hiermit nicht ausgeschlossen, in Privatakten, z. B. Stiftungen, Zuwendungen an das religiöse Bekenntniß zu binden.

§ 47. Minderung der bürgerlichen Ehre.[1]

Nach heutigem deutschem Recht sind die schweren Formen der Ehrenminderung an ein Straferkenntniß geknüpft, in Uebereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht, dessen härteste Ehrenminderung — die Rechtlosigkeit — Folge einer Strafverurtheilung wegen besonders schwerer Verbrechen war.[2] [3]

1. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ist nach dem deutschen Strafgesetzbuch stets als besondere Strafe auszusprechen. Auf denselben kann neben der Todesstrafe, der Zuchthausstrafe, in bestimmten Fällen auch neben dreimonatlicher Gefängnißstrafe erkannt werden.[4] Die Aberkennung erfolgt nach dem Ermessen des Richters in Berücksichtigung des individuellen Charakters der That; nur bei einer Verurtheilung wegen Meineides und schwerer Kuppelei, sowie bei gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Wucher liegt

5) In Folge des preußischen Gesetzes vom 9. März 1874 § 56 Abs. 2 und des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 § 39 sind auch die Bestimmungen, welche die Schließung einer Ehe wegen Verschiedenheit der Religion verboten, — vgl. l. 6. C. de Judaeis 1, 9. L. R. II, 1 § 36 — aufgehoben vgl. unten Bd. 3 § 19. — Die Bestimmung von L. R. II, 2 § 643 beseitigte das Gesetz vom 14. März 1871.

6) Schon das Edikt vom 11. März 1812 § 20 stellte die Juden in ihren privatrechtlichen Verhältnissen anderen Staatsbürgern gleich. Doch wurde dieses Edikt in den wieder und neu erworbenen Provinzen nicht eingeführt. Privatrechtliche Gleichstellung gewährte dann im Wesentlichen für die ganze Monarchie das Gesetz vom 23. Juli 1847 über die Verhältnisse der Juden. Partikularrechtlich findet sich, soweit das L. R. suspendirt ist, z. B. im Herzogthum Westphalen, ein konfessionelles Recht der Verlöbnisse, unten Bd. 3 § 10 Anm. 11.

7) L. R. II, 11 § 581 ff. Die Verordnung vom 30. August 1816 knüpft das Kirchenpatronat an das christliche Bekenntniß. Dies hebt eine aus der Natur der Sache folgende Qualifikation hervor und ist keine Beschränkung Andersgläubiger, also nicht durch das Reichsgesetz als aufgehoben zu erachten.

1) Reichsstrafgesetzbuch § 31 ff. Berner Strafrecht § 118.

2) Vgl. Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 303. Einen wesentlichen Einfluß auf das Strafgesetzbuch von 1851, welcher freilich in den bezüglichen Bestimmungen durch das Reichstrafgesetzbuch nicht unerheblich modificirt ist, hatte der code penal Art. 28. 34. 42 und 43.

3) Die römische Infamie hat auf das deutsche Rechtsleben keinen oder doch nur einen oberflächlichen und vorübergehenden Einfluß geübt, insbesondere gilt dies für die Fälle der s. g. infamia immediata, welche, erwachsen auf dem Boden eines kleineren Gemeinwesens, in welchem Leben und Treiben eines jeden Bürgers offenkundig war, schon deshalb auf die deutschen Verhältnisse zur Zeit der Reception des römischen Rechtes nicht paßte. Die Aufhebung der Ehre im römischen Recht, die s. g. consumtio existimationis, ist dem neueren Recht völlig fremd.

4) Strafgesetzbuch § 32. Bereits Friedrich der Große hatte durch Reskript vom 10. Juli 1756 versucht, den Verlust der Ehre auch im Falle der Zuchthausstrafe von dem jedesmaligen richterlichen Ermessen abhängig zu machen. Die spätere preußische Gesetzgebung war aber hiervon abgegangen.

sie dem Richter schlechthin ob.[5] Bei Verurtheilung zur Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe kann die Aberkennung auf Lebenszeit geschehen, sonst stets nur auf bestimmte Zeit innerhalb der gesetzlichen Grenzen.[6]

Der Verlust der Ehrenrechte hat vorzugsweise die Entziehung öffentlicher Rechte im Gefolge, insbesondere nimmt er dem Verurtheilten die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Stellungen, seine öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen;[7] ferner bewirkt er für die Dauer des Ehrverlustes Unfähigkeit zur Erlangung der gedachten Auszeichnungen, Entziehung des aktiven und passiven Wahlrechtes, des Rechtes zum Eintritt in das Heer und die Marine, des Tragens der Landeskokarde, endlich die Unfähigkeit, Sollennitätszeuge, und, abgesehen von bestimmten Ausnahmen, Vormund, Pfleger, gerichtlicher Beistand und Familienrathmitglied zu sein.[8]

Wer die bürgerlichen Ehrenrechte verloren hat, kann auch aus eingetragenen wirthschaftlichen Genossenschaften und Innungen ausgeschlossen werden[9] oder seines Stimmrechtes in denselben verlustig gehen.[10]

2. Eine beschränktere Ehrenminderung hat die rechtskräftige Verurtheilung zur Zuchthausstrafe von Rechtswegen im Gefolge. Sie bewirkt

---

5) Strafgesetzbuch §§ 161. 181 und § 302d.

6) Strafgesetzbuch § 32 Abs. 2. Die Ehrenminderung tritt ein mit der Rechtskraft des Straferkenntnisses, aber erst seit der Verbüßung oder Verjährung oder Erlassung der Strafe läuft die im Urtheil festgesetzte Zeit, § 36 a. a. O.

7) Strafgesetzbuch § 33. Zu den öffentlichen Aemtern gehört auch Advokatur und Notariat, sowie das Amt eines Geschworenen oder Schöffen, Strafgesetzbuch § 31. Vgl. auch deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 32.

8) Strafgesetzbuch § 34. Ueber die Unfähigkeit zur Vormundschaft unten Bd. 3 § 82 bei Anm. 3. Der Verlust des Adels, den das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 § 12 Ziff. 2 vorschrieb, tritt nicht mehr ein. Auch die Unfähigkeit zur Eidesleistung — A. G. O. I, § 227 Ziff. 7. Preuß. Strafgesetzbuch § 12 Ziff. 4 — ist beseitigt. Im Fall der Verurtheilung wegen Meineides — Reichsstrafgesetzb. § 153 ff. nicht aber § 156 bis 159 — ist jedoch nach § 161 daselbst gemäß dem Vorbilde des kanonischen Rechtes c. 14 caus. 22 quaest. 5 außer dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die dauernde Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen. Ist ein richterlicher Eid einem wegen Meineides Verurtheilten auferlegt, so ist der Gegner zum Antrag auf Zurücknahme der Eidesauflage befugt, auch wenn er vor der Auflage Kenntniß der Verurtheilung hatte; über den Antrag entscheidet richterliches Ermessen, R. C. P. O. § 439 Abs. 2. Unfähigkeit des verurtheilten Meineidigen, wie nach dem früher geltenden Rechte Preußens — Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 15 — tritt nicht mehr ein. Ueber Zurückschiebung des Schiedseides an einen wegen Meineides Verurtheilten vgl. R. C. P. O. § 422.

9) Reichsgenossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 § 66. Reichsgewerbeordnung vom 1. Juli 1883 §§ 83. 86. Das Reichsstrafgesetzbuch, welches am 1. Januar 1871 in Kraft trat, hat, da es rein privatrechtliche Beziehungen nicht treffen wollte, die bezüglichen Vorschriften der früheren Reichsgesetze nicht beseitigt.

10) Nach dem Reichsgesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 § 21 haben Personen, die nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind, kein Stimmrecht in den Generalversammlungen.

dauernde Unfähigkeit zum Dienst im Heere und in der Marine sowie zur Bekleidung öffentlicher Aemter.[11]

Das Recht zur Bekleidung öffentlicher Aemter kann unter bestimmten Umständen auf längere oder kürzere Zeit auch bei Gefängnißstrafe aberkannt werden.[12]

3. An gewisse Strafverurtheilungen knüpft das Civilrecht privatrechtliche Nachtheile. Die väterliche Gewalt insbesondere erlischt, wenn der Vater zu harter und schmählicher Zuchthausstrafe oder zehnjährigem Gefängniß rechtskräftig verurtheilt ist.[13] Das Erleiden einer schmählichen Freiheitsstrafe wegen grober Vergehen giebt dem unschuldigen Gatten des Bestraften ein Recht auf Scheidung.[14] Gesellschaften sind zur Ausschließung von Mitgliedern, die mit Kriminalstrafen belegt sind, befugt.[15]

Auch die Ausübung des Patronates geht bei gewissen Strafverurtheilungen und groben Verfehlungen verloren.[16]

Eine Begnadigung durch den König,[17] welche die Wiederherstellung der Ehre des Verurtheilten in sich schließt, stellt zwar die volle Rechtsfähigkeit

---

11) Strafgesetzbuch § 31, Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 §§ 15. 31. 42. Nach dem preußischen Strafgesetzbuch § 11 Abs. 2 zog die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe den Verlust der bürgerlichen Ehre von Rechtswegen nach sich. Diese Auffassung hat zwar das Reichsstrafgesetzbuch verworfen, weil über die Ehrlosigkeit nicht die Strafart, sondern die That mit ihren Beweggründen entscheide. Gleichwohl ist es in gewissem Maße in § 31 wieder auf dieselbe zurückgegangen.

12) Vgl. insbesondere Strafgesetzbuch § 35. Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870 § 5.

13) L. R. II, 2 § 255, vgl. unten Bd. 3 § 49 zu 1a. Ueber die zahlreichen Streitfragen, welche sich an diese Bestimmung knüpfen, siehe die Zusammenstellung der Litteratur in den Entsch. des R. G. Bd. 9 S. 54.

14) L. R. II, 1 § 704 unten Bd. 3 § 18 unter 3e.

15) L. R. I, 17 § 274. Auf bloße Uebertretungen wird man dies nicht beziehen können.

16) Gesetz vom 8. Mai 1837 § 6.

17) Verfassung vom 31. Januar 1850 Art. 49. Ueber die Bedeutung der Begnadigung wurde zwar neuerdings in den politischen Körperschaften bei Gelegenheit der Frage des königlichen Begnadigungsrechtes gegenüber den katholischen Bischöfen lebhaft gestritten, der Rechtsstandpunkt aber wohl hierbei nicht genügend klar gestellt. Die Begnadigung ist ihrem Begriff nach Wiedereinsetzung in den früheren Stand gegenüber den durch das Urtheil hervorgerufenen Rechtsfolgen. Die Wiederherstellung kann in beschränkterem oder in vollem Umfang geschehen. Volle Begnadigung setzt daher folgerecht auch in die verlorene Ehrenstellung und in das verlorene Amt ein. Letzteres war zwar zweifellos durch die Verurtheilung erledigt, aber diese Erledigung wird eben durch die Begnadigung wieder aufgehoben. l. 1 C. de sententiam passis 9, 51: ut autem scias, quid sit in integrum restituere, honoribus et ordini tuo et omnibus caeteris te restituo; hiervon geht auch § 11 des Gesetzes vom 8. Mai 1837 aus, vgl. auch von Mohl Staatsrecht, Völkerrecht und Politik Bd. 2 S. 666. Die Wiederherstellung findet, wie alle Privilegien, ihre Schranke in inzwischen erworbenen Rechten Dritter, seien sie Einzelnen oder Korporationen zuständig, öffentlicher oder privater Natur. Die Begnadigung eines Kommunalbeamten kann daher der Kommune das ihr eröffnete Recht der Besetzung der Stelle durch die Kommune nicht nehmen. Wie weit im einzelnen Fall sich die Be-

wieder her, beseitigt jedoch nicht die eingetretenen Veränderungen seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten.[18]

4. Neben der Ehrenminderung, welche sich an eine Verurtheilung zu öffentlicher Strafe knüpft, hat auch der auf grober Unsittlichkeit beruhende üble Ruf, entsprechend der römischen turpido, in bestimmten Beziehungen rechtliche Bedeutung. Er giebt das Recht zur Entziehung des Pflichttheils.[19] Insbesondere aber ist die geschlechtliche Bescholtenheit der Frauenspersonen für die Ansprüche aus einer außerehelichen Schwängerung von Bedeutung.[20][21]

§ 48. Geschlecht.

1. Auch darin steht das neuere Privatrecht im Gegensatze gegen das mittelalterliche, daß das Geschlecht eine wesentliche Verschiedenheit der privatrechtlichen Fähigkeit nicht mehr begründet.[1] Nach der ältesten römischen und germanischen Rechtsordnung hatte der Mann allein die volle Rechtsfähigkeit, theils um deswillen, weil der Frau die Wehrfähigkeit fehlte, welche als Bedingung vollen Rechtes galt, theils, weil sie zur selbständigen Bewirthschaftung des Grundeigenthums, des wesentlichsten Bestandtheils des damaligen Volksvermögens, nicht geeigenschaftet schien. Es ergab sich hieraus die Bevormundung der Frau sowie ihre Zurücksetzung im Erbrecht, von der sich noch heutzutage Reste in der regelmäßigen Ordnung der Lehens- und der Fideikom-

---

gnadigung erstreckt, ist Sache der Auslegung des königlichen Erlasses. Ist jedoch Wiederherstellung der Ehrenrechte beabsichtigt, so pflegt dies ausdrücklich ausgesprochen zu werden; dem entspricht § 11 des Gesetzes vom 8. Mai 1837. Mit den dargelegten Principien stimmt freilich das Gesetz vom 31. Mai 1882 betr. die Abänderung der kirchenpolitischen Gesetze nicht überein; dasselbe war aber ein durch politische Rücksichten bestimmtes Sondergesetz.

18) Lebt im Fall der Rehabilitirung des Verurtheilten die einmal untergegangene väterliche Gewalt desselben wieder auf? Hierüber haben schon die römischen Juristen gestritten, so daß Paulus und Ulpian die Frage verneinten, Papinian hingegen dieselbe bejahte, indem er zwar die Gültigkeit der in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtsakte des Kindes des Verurtheilten anerkannte, in der Wiedereinsetzung in die frühere Ehrenstellung aber auch die Wiederverleihung der vätrlichen Gewalt begriffen fand. Die Ansicht Papinians ist dadurch, daß sie Konstantin in der l. 13 C. de sententiam passis 9, 51 billigte, die gemeinrechtliche geworden. Uns erscheint die Auffassung von Ulpian als die richtigere, da die Rehabilitirung des Verurtheilten die inzwischen entstandenen Rechte Dritter nicht beeinträchtigen, dem Vater also auch nicht die väterlichen Rechte, insbesondere den Nießbrauch am Vermögen der Kinder zurückverschaffen kann. Hiermit dürfte auch L. R. II, 2 § 259 übereinstimmen, unten Bd. 3 § 49 Anm. 4. Die Bestimmungen von L. R. II, 2 §§ 262. 265 beziehen sich auf die leichtere Gefängnißstrafe des § 260.

19) L. R. II, 2 §§ 409. 410.

20) Gesetz vom 24. April 1854, § 9, vgl. unten Bd. 3 § 70 Ziff. 3.

21) Die Anrüchigkeit des älteren deutschen Rechtes, welche sich an gewisse Eigenschaften knüpfte, insbesondere an uneheliche Geburt, unehrliche Gewerbe (Schinder), hat keine Bedeutung mehr für das heutige Recht. Ueber die Stellung der Unehelichen vgl. namentlich L. R. II, 2 § 662 ff.

1) L. R. I, § 24. I, 5 § 23.

mißfolge erhalten haben.[2] In einer späteren Epoche erkannte man zwar im Allgemeinen die Gleichberechtigung der Frauen an, glaubte dieselben jedoch gegen die Gefahren privatrechtlicher Selbständigkeit durch gesetzliche Maßregeln sichern zu müssen. Hierauf beruhte namentlich die Nothwendigkeit vorgängiger, gerichtlicher Verwarnung der Frauen bei Verbürgungen, sowie der gerichtlichen Form bei ihren Intercessionen jeder Art, welche das Landrecht im Anschlusse an die durch das S. C. Vellejanum hervorgerufene gemeinrechtliche Doktrin erforderte. In neuester Zeit sind indessen alle besonderen gesetzlichen Bestimmungen über die Intercessionen der Frauen aufgehoben worden.[3] Es bedürfen Frauen bei gewissen Angelegenheiten noch eines Beistandes,[4] worin ein eigenthümlich gestalteter Rest der altdeutschen Geschlechtsvormundschaft liegt, die im Uebrigen und als solche durchweg beseitigt ist.[5]

2. Verheirathete Frauen sind, da sie unter ehemännlicher Vormundschaft stehen, in wichtigen Beziehungen bezüglich ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt.[6] Auch müssen sie solche Geschäfte gerichtlich errichten, durch welche sie sich in stehender Ehe dem Manne oder zu dessen Vortheil verbindlich machen.[7] [8]

2) L. R. II, 4 § 189 ff.

3) Gesetz vom 1. December 1869. Speciell sind in diesem Gesetze aufgehoben L. R. I, 14 §§ 220—244. 256. 308. 407—412. II, §§ 273. 341. 343. 344. 891. 892. §§ 48 u. 75 des Anhangs zum Landrecht. Weggefallen ist auch A. G. O. II, 1 § 9 Ziff. 8 u. 9, vgl. unten Bd. 3 § 7 und Philler bei Gruchot Bd. 14 S. 587 ff. Auch außerhalb Preußens sind die Intercessionsverbote meist aufgehoben worden; sie bestehen nach Roth d. P. R. Bd. 1 § 62 Anm. 8 in Deutschland nur noch in Würtemberg, Mecklenburg, Reuß j. L. und Lippe-Detmold. Das östr. b. G. B. und der code civil kennt sie nicht.

4) Näheres siehe unten Bd. 3 § 75 a. E.

5) Die Geschlechtsvormundschaft über unverheirathete Frauenzimmer, welche sich provinzialrechtlich nach Erlaß des Landrechts erhalten hatte, ist seitdem in Preußen durchweg aufgehoben, ebenso in den übrigen deutschen Rechtsgebieten, vgl. Roth d. P. R. Bd. 1 § 62 Anm. 6. Siehe auch R. C. P. O. § 51 Abs. 3.

6) Nach öffentlichem Recht steht die Frau in Bezug auf das Recht zum Gewerbebetrieb dem Manne gleich, siehe Reichsgewerbeordnung § 11. Ueber das Recht des Ehemannes zur Ertheilung oder Versagung der Genehmigung L. R. II, 1 § 195 und unten Bd. 3 § 23 a. E. Ueber den Betrieb eines Handelsgewerbes vgl. H. G. B. Art. 7, unten Bd. 3 § 23.

7) L. R. II, 1 § 198. Dies betrifft aber Intercessionen der Ehefrauen für ihre Männer nicht; unten Bd. 3 § 7.

8) Wie das römische Recht (l. 10 D. de statu hom. 1, 5), kennt auch das L. R. I, 1 § 19—24 keine geschlechtliche Stufe zwischen Mann und Weib. Zwitter bestimmen nach der Vorschrift des Landrechts ihr Geschlecht selbst nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre (der plena pubertas der Römer). Die Wahl kann auch durch konkludente Handlungen geschehen, insbesondere schon in der Anlegung männlicher oder weiblicher Kleidung liegen. Dritte, deren vorher begründete Rechte durch solche Wahl beeinträchtigt werden, können eine Entscheidung durch Sachverständige fordern, die sich nach dem vorwiegenden Geschlechte richtet. Liefert die Untersuchung kein bestimmtes Ergebniß, so kann die vom Zwitter getroffene Wahl begreiflich nicht umgeworfen werden. Bei der Eintragung des Geburtsfalles in die Standesregister ist zwar das Geschlecht zu bezeichnen, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 22, doch gehört diese Angabe nicht zu denen, welchen nach § 15 Beweiskraft bis zum Gegenbeweis innewohnt, da sie nur eine Bezeichnung der Eigenschaften des Eingetragenen enthält. Vgl. jedoch Hinschius Kommentar zum Reichsgesetz § 22.

II. Juristische Personen.[1]

§ 49. Einleitung.

Die Organisation der bürgerlichen Gesellschaft beruht auf Vertheilung der äußeren Güter an die Privatwirthschaften der Einzelnen. Daneben aber sind gewisse Vermögen allgemeineren Zwecken dienstbar, indem sie theils der Gesammtheit des Staates, theils einzelnen Klassen der Gesellschaft, theils gewissen Anstalten und Einrichtungen vorbehalten sind. Es liegt hierin wirthschaftlich ein Gegensatz gegen die ausschließliche Herrschaft des Privateigenthums. Jedoch sind für die Bestimmung des Verhältnisses solcher Gemeinheiten und Anstalten zu dem ihnen zugewiesenen Vermögen, wie auch für die Grundsätze, nach welchen dieselben am Verkehr Theil nehmen, Rechtsregeln erforderlich, welche sachgemäß wiederum der gewöhnlichen Theorie des Privatrechtes entnommen werden, in der diese Dinge bereits geordnet sind. Das römische Recht vermittelte dies dadurch, daß es die gedachten socialen Größen als Personen auffaßte, welchen Vermögen in derselben Art wie Privaten zugehört.[2] In Folge dessen treten diese Institutionen, obgleich wirthschaftlich dazu bestimmt, der Einseitigkeit des Privateigenthums die Wage zu halten, nach juristischer Betrachtung wiederum in dessen Rahmen ein. Dieser sachgemäßen Behandlung sich anschließend bezeichnet das Landrecht solche Gemeinheiten und Anstalten als moralische Personen;[3] nicht selten sprechen aber die preußischen Gesetze auch von einer Ausstattung mit Korporationsrechten, um die juristische Per-

1) Eine monographische Bearbeitung der Lehre von den juristischen Personen nach preußischem Rechte fehlt. Auch haben sie einige der vorzüglichsten Handbücher des preußischen Rechts nicht in den Kreis der Darstellung gezogen; vgl. jedoch Eccius Bd. 4 § 280 ff. Desto zahlreicher sind die Bearbeitungen des gemeinen Rechtes; vgl. besonders Savigny Bd. 2 § 85—102, Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht 3 Bde. 1868 ff., derselbe die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887.

2) Die Beseitigung des Begriffes der juristischen Person ist neuestes Bestreben von Brinz Pandekten Bd. 3 S. 453 2. Auflage in einer lehrreichen und vielfaches Material bietenden Abhandlung. „Zweckvermögen" soll die Stelle der juristischen Person einnehmen. Allein jedes Vermögen dient den Zwecken dessen, dem es angehört. Dies ist nichts Charakteristisches. Und giebt es nicht Institutionen z. B. Gymnasien, Universitäten, welche Vermögensfähigkeit, noch aber kein Vermögen haben? Wie konstruiert sich solche Vermögensfähigkeit nach jener Auffassung? Geht man freilich, wie dies Brinz thut, von vornherein davon aus, daß Person ein physisches Subjekt bezeichnet, so wird der Begriff der juristischen Person zum Unding; faßt man Person als „Rechtssubjekt", so ergiebt sich der Betrachtung die juristische Person von selbst. — Doch ein tieferes Eingehen wäre hier nicht am Platze.

3) Der Ausdruck „moralisch" wurde im vorigen Jahrhundert für alles Transcendente, also über das Natürliche Hinausgehende, gebraucht. Moralische Person bezeichnete daher im weiteren Sinne eine jede durch die Idee vermittelte Zusammenfassung von Personen, daher selbst mehrere Vormünder in ihrer Gemeinschaft als eine moralische Person bezeichnet werden, L. R. II, 18 § 115. Juristische Personen im eigentlichen Sinne werden mit jenem Ausdrucke bezeichnet in L. R. I, 14 § 174. I, 2[illegible] § 3. A. G. O. I, 1 § 33. I, 2 §§ 103 und 104; Hypothekenordnung § 7.

sönlichkeit zu bezeichnen, da die Korporationen als die vorzüglichste Art juristischer Personen gelten.

Nach römischem Recht wird die Korporation als ein besonderes, bloß gedachtes Rechtssubjekt auf das schärfste den Einzelnen entgegengestellt, welche sie bilden. Das Vermögen der Korporation ist nicht Vermögen der Einzelnen, ihre Verpflichtungen sind nicht die der Einzelnen, Handlungen der Mitglieder und Korporationsgenossen in Angelegenheiten der Korporation sind für die Korporation Handlungen Dritter, so daß sie auf dieselbe nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Stellvertretung einwirken. Anders war der Standpunkt des älteren deutschen Rechtes. Die Gesammtheit der Mitglieder galt hier mit der Gemeinschaft als identisch, die Pflichten der Gemeinschaft lagen den einzelnen Genossen unmittelbar auf, und die Handlungen der Einzelnen banden auch die Genossenschaft. Ist nun auch das neuere Recht der Korporation grundsätzlich auf die römische Anschauung gebaut, so sind doch die älteren deutschrechtlichen Vorstellungen nicht ohne Nachwirkung auf den heutigen Rechtszustand geblieben. Insbesondere erscheinen die Repräsentanten und Beamten der Korporation nicht wie fremde Stellvertreter; sie sind die Organe der Korporation, durch welche diese in den Verkehr eingreift. Ihre Handlungen und Unterlassungen in Korporationsangelegenheiten gelten uns folgerichtig als die der Korporation selbst.[4]

Vereinigungen und Anstalten, welche in einem selbständigen Vermögen Gewähr der Dauer und Mittel zur Machtgewinnung besitzen, sind für den Staat nicht gleichgültig. Solche Institutionen fördern vielfach die Zwecke des Staates; unter Umständen aber sind sie im Stande, dieselben zu durchkreuzen und der Verfassung des Staates und seiner Ordnung bedrohlich zu werden. Darum mischen sich in die Regelung der Verhältnisse der juristischen Personen durchweg politische und polizeiliche Motive. Die römische Kaiserzeit hatte das Zusammentreten von Vereinen, selbst wenn sie nicht korporative, sondern nur vorübergehende Zwecke verfolgten, geradezu bei Strafe verboten[5] und eine Vereinsbildung bloß ausnahmsweise im Falle einer besonderen Staatsgenehmigung verstattet. Verwandte Bestrebungen des vorigen Jahrhunderts in Deutschland gingen nicht so weit. Das Zusammentreten zu einfachen Gesellschaften hinderte man nicht schlechthin;[6] die Machtmittel dagegen, welche die

4) Vgl. ferner L. R. I, 7 § 26 ff. unten § 53 Anm. 11.

5) Dernburg Pand. Bd. 1 § 63.

6) Das Landrecht gestattete II, 6 §§ 1—10 Gesellschaften, die dem gemeinen Wohl nicht schädlich waren, ohne obrigkeitliche Genehmigung. Sie unterlagen aber der beliebigen polizeilichen Aufhebung, daher war Einholen einer Genehmigung häufig; sie gab der s. g. privilegirten Gesellschaft eine mehr gesicherte Existenz L. R. II, 8 § 22 ff., an sich aber noch nicht Korporationsrechte. Diese erforderte eine besondere Koncession,

korporative Verfassung gewährt, glaubte man für Vereine und Anstalten von besonderer landesherrlicher Genehmigung abhängig machen zu müssen. Vor Allem die gewaltige Stellung, welche der Jesuitenorden eingenommen hatte und die seine Auflösung herbeiführte, schien in der Mitte des vorigen Jahrhunderts das Bedürfniß solcher Genehmigung, sowie fortdauernder Ueberwachung darzuthun.

A. Die allgemeine Theorie der juristischen Personen.

§ 50. Entstehung der juristischen Personen.

1. Eine juristische Person entsteht dadurch, daß sich eine Gemeinheit mit korporativem Zweck bildet, oder daß eine Anstalt gegründet wird, welche eine selbständige Existenz und eine eigene Vermögensfähigkeit für sich in Anspruch nimmt. Die besondere Weise dieser Bildung hängt von der Art der betreffenden Institution ab. Korporationen bedürfen des Zusammentretens Mehrerer, Stiftungen der Unterlage eines Vermögens, mit welchem dieselben durch letztwillige Verfügung oder einen Akt unter Lebenden ausgestattet worden sind, kirchliche und Lehranstalten treten mit Inangriffnahme ihrer Berufsthätigkeit ins Leben. So bildeten sich dereinst autonom die wichtigsten juristischen Personen vor aller Gesetzgebung, theilweise vor dem Staate selbst.[1]

---

durch welche der dauernde gemeinnützige Charakter anerkannt wurde L. R. II, 6 § 25 vgl. Rosin bei Gruchot Bd. 27 S. 110 ff. Zugehörigkeit zu gemeingefährlichen und ausdrücklich von der Obrigkeit verbotenen Gesellschaften war strafbar, vgl. auch L. R. II, 20 §§ 184. 185. Das Edikt vom 20. Oktober 1798 (N. C. C. X. S. 1775), erklärte alle politischen Verbindungen und solche, bei denen man Gehorsam gegen unbekannte Obere versprach oder sonst geheime Zwecke verfolgte, schlechthin für verboten. Diese Vorschriften dehnte die Verordnung vom 6. Januar 1816 auf die ganze Monarchie aus. Nach der Verfassungsurkunde Art. 30 haben alle Preußen das Recht, „sich zu solchen Zwecken, welche den Staatsgesetzen nicht zuwiderlaufen, in Gesellschaften zu vereinigen." Polizeiliche Bestimmungen behufs der Ueberwachung trifft die Verordnung über den Mißbrauch des Vereinigungs- und Versammlungsrechtes vom 11. März 1850.

1) Dem älteren deutschen Recht war die Nothwendigkeit einer staatlichen Koncession der Korporationsrechte fremd. Dies kann noch jetzt für altbestehende Korporationen — z. B. altüberkommene Schützengilden — von praktischer Wichtigkeit werden, vgl. Striethorst Archiv Bd. 41 S. 191. Die Auffassung des römischen Rechtes ist streitig. Es steht fest, daß das Zusammentreten zu Vereinen, mochten sie korporativer Tendenz sein oder nicht, seit der Kaiserzeit staatlicher Genehmigung bedurfte. Die Frage ist aber, ob Vereine mit korporativen Zwecken neben der polizeilichen Genehmigung noch der Koncession der Korporationsrechte bedurften oder ob sie, sofern sie genehmigt waren, ohne Weiteres juristische Persönlichkeit hatten, vgl. l. 1. l. 3. § 1. D. de collegiis et corporibus 47, 22. l. 1. pr. D. quod cujusque univ. 3, 4. Das Letztere war zeitweise überwiegende Ansicht, woraus man folgerte, daß nachdem das Zusammentreten zu Vereinen der Genehmigung nicht mehr bedürfe, gemeinrechtlich die Bildung von Korporationen ohne staatliche Mitwirkung eintrete, was man denn auch auf Stiftungen bezog. Neuerdings wird wieder vielfach angenommen, die staatliche Genehmigung habe in Rom den doppelten Charakter der polizeilichen Verstattung und der Koncession des Korporationsrechtes gehabt. Diese Koncession sei folgerecht gemeinrechtliches Erforderniß der juristischen Persönlichkeit geblieben, Gierke deutsches Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 96. Es wird weiter be-

2. Das preußische Recht fordert zur Ausstattung einer Institution mit Korporationsrechten die staatliche Anerkennung ihrer dauernden Gemeinnützigkeit und ihrer Organisation.[2] [3] Sie erfolgt in der Regel durch eine besondere Koncession der Korporationsrechte, doch ist sie nicht immer erfordert. Die juristische Persönlichkeit knüpft sich nämlich in manchen Fällen an die polizeiliche Genehmigung eines Vereines oder einer Anstalt,[4] bei Armen- und Versorgungszwecken sogar an die stillschweigende Genehmigung,[5] in anderen Fällen an das Eintreten bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen — s. g. Normativbestimmungen — so bei den eingeschriebenen Hülfskassen.[6] Es giebt ferner Institutionen, die nach dem Gesetz mit Korporationsrechten ausgestattet sein müssen z. B. Gemeinden, Gymnasien. Dann genügt also deren Gründung, die aber an die Mitwirkung zuständiger Staatsbehörden gebunden ist.

Die Koncession der Korporationsrechte bildet eine Verfügung der Staatsverwaltung, sie ist kein Akt der Gesetzgebung.[7] Sie erschafft auch die Korporationsrechte nicht, sondern erkennt nur die Gemeinnützigkeit der Institution und ihrer Organisation an. Die Verfassungsurkunde fordert ein Gesetz, wenn geistliche Gesellschaften und Religionsgesellschaften derjenigen Kategorien, die zur Zeit des Inkrafttretens der Verfassung keine Korporationsrechte hatten, diese Rechte erlangen sollen.[8] Auch solche Gesetze begnügen sich in der Regel mit der Normirung der Voraussetzungen, unter denen die Korporationsrechte zu ertheilen sind. Einzelnen, während des Kulturkampfs aufgehobenen Klöstern theilte aber die Rechte einer juristischen Person zu das Gesetz vom 29. April 1887.

---

hauptet, diese Koncession habe einen konstitutiven, nicht bloß einen konfirmatorischen Charakter. Beweisbar ist dies Alles aus den römischen Quellen nicht, da hier der Koncession der juristischen Persönlichkeit als solcher überhaupt nicht gedacht wird.

2) L. R. II, 6 § 25. „Die Rechte der Korporationen und Gemeinen kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben." Gleiches gilt fast in sämmtlichen deutschen Landen Roth d. P. R. Bd. 1 § 72 Anm. 19 ff. § 73 Anm. 16. Die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 Art. 31 verfügt „die Bedingungen, unter welchen Korporationsrechte ertheilt oder verweigert werden, bestimmt das Gesetz." Ein bezügliches Gesetz ist nicht erlassen.

3) Korporationen, privilegirte Korporationen und öffentliche Korporationen sind für das Landrecht identische Ausdrücke vgl. L. R. II, 7 § 19 und II, 8 § 108.

4) Genehmigung eines Vereines und Koncession des Korporationsrechtes ist auch nach preußischem Recht grundsätzlich etwas Verschiedenes, obgleich Beides thatsächlich zusammenfallen kann, Rosin bei Gruchot Bd. 27 S. 108 ff.

5) L. R. II, 19 § 42 vgl. unten § 51 Anm. 26.

6) Unten § 51 bei Anm. 30.

7) Läge in der Koncession ein Specialgesetz, so bedürfte es zur Ertheilung der Korporationsrechte der Mitwirkung des Landtages, wie Koch P. R. § 56 annimmt; dies ist aber nicht der staatsrechtlichen Praxis entsprechend, ebensowenig dem Art. 31 der Verfassungsurkunde, vgl. oben Anm. 2.

8) Art. 13 der Verfassungsurkunde.

§ 51. Die einzelnen juristischen Personen.

1. Juristische Persönlichkeit kommt zu: dem deutschen Reich, dem preußischen Staat und den ihm angehörigen kommunalen Verbänden, also den Provinzen, den kommunalständischen Verbänden,[1] den Kreisen,[2] den Stadtgemeinden,[3] dem Amtsverbänden[4] und den Landgemeinden.[5] [6] Als dem Staat zugehörige Korporationen gelten auch die landschaftlichen Kreditverbände, des weiteren Deichgenossenschaften und öffentliche Wassergenossenschaften.[7] Auch die unter der Aufsicht und Leitung des Reiches stehende *Reichsbank* hat juristische Persönlichkeit.[8] Die Zünfte haben heutzutage keinerlei Beziehung mehr zur Stadtverfassung. Gleichwohl hat sich ihre juristische Persönlichkeit erhalten, ohne daß aber ein Zwang zum Eintritte der Gewerbsgenossen in die Zunft besteht.[9] Entsprechendes gilt für gewisse kaufmännische Korporationen.[10] Korporationsrechte haben ferner die Universitäten, die königliche Akademie der

---

1) Provinzialordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Schlesien und Sachsen vom 29. Juni 1875 § 1, 1884—87 in den anderen Provinzen mit der Kreisordnung eingeführt. Weiteres Detail bei Turnau G. V. O. Bd. 2 § 36 S. 208 ff., über die Kommunallandstände a. a. O. § 37. — Die *Regierungsbezirke* sind *keine* kommunalen Verbände.

2) Kreisordnung vom 13. December 1872 § 2.

3) L. R. II, 8 § 108. Städteordnung vom 30. Mai 1853 § 9. Turnau a. a. O. § 39. Ueber die rechtlichen Merkmale einer Stadt vgl. R. G. Bd. 26 S. 52.

4) Kreisordnung vom 13. December 1872 § 55.

5) L. R. II, 7 § 19. Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891. Die Ortsarmenverbände werden durch die Gemeinden gebildet und haben daher die Rechtsfähigkeit der Gemeinden, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 119. Die Landarmenverbände sind gleichfalls Korporationen, vgl. Turnau a. a. O. § 63 Anm. 4.

6) Güter, aus deren Gebiet sich seit 1807 die ehemals aus *Gutsunterthanen* bestehende Dorfschaft als Landgemeinde loslöste, bilden „selbständige Gutsbezirke." Sie sind kommunale Einrichtungen. Der Gutsbesitzer trägt die kommunalen Lasten; er ist regelmäßig, aber nicht nothwendig Gutsvorsteher. Der Gutsbezirk ist nicht identisch mit dem Privatbesitzthum des Gutsherrn; umfaßt vielmehr auch vom Gut abveräußerte Parcellen. Der Besitzer hat die Pflichten der Gemeinden, Kreisordnung § 31, Korporationsrechte des Gutsbezirkes sind nicht anerkannt. Der Gutsbezirk besteht sogar bei völliger Parcellirung des Gutes fort, der Gutsherr behält die bezüglichen Rechte und Pflichten selbst dann, wenn er keinen Grundbesitz mehr im Bezirk hat, Entsch. des O. Verwaltungsgerichts Bd. 1 S. 147. Siehe insbesondere Landgemeindeordnung § 122 ff.

7) Das Gesetz vom 1. April 1879 unterscheidet öffentliche Wassergenossenschaften mit Korporationsrechten und freie, siehe Turnau a. a. O. Bd. 2 § 45, vgl. unten § 58 Anm. 5.

8) Reichsgesetz vom 14. März 1875 § 12.

9) Noch L. R. II, 8 § 112 hielt den ursprünglichen Zusammenhang der Zünfte mit der Stadtregierung durch die Vorschrift fest, daß die Repräsentanten der Stadtgemeinde über die Stadtangelegenheiten mit den Vorstehern der Zünfte und Korporationen Rücksprache nehmen sollten. Ueber die damalige Zunftverfassung siehe Näheres L. R. II, 8 § 190 ff. Trotz der vollständig verwirklichten Gewerbefreiheit behielten nach der deutschen Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 §§ 81, 97, 99, welche mit der älteren preußischen hierin übereinstimmt, bestehende Zünfte Korporationsrechte und erlangen neue Innungen dieselben durch Bestätigung ihrer Statuten. Turnau a. a. O. § 41.

10) Vgl. Turnau a. a. O. § 42.

Wissenschaften, die Gymnasien und höheren Schulen,[11] seien sie staatlicher oder städtischer Stiftung, und die Schulgemeinden.[12]

2. Eine weitere Reihe juristischer Personen begründet der religiöse Kultus.

Vor allem gilt dies für die evangelische Landeskirche und die römisch-katholische Kirche, welche eine historisch begründete und durch die Lebensverhältnisse gerechtfertigte ausgezeichnete Stellung einnehmen.[13] Korporationsrechte haben deren einzelne Kirchen, so daß nach L. R. als Subjekte und Eigenthümer die Kirchgemeinden gelten.[14 15] Außerdem haben Persönlichkeit deren staatlich als besondere Rechtssubjekte anerkannte Anstalten, wie die römisch-katholischen Bisthümer,[16] Seminare, Klöster, Stifte und Orden;[17] endlich hat die evangelische Landeskirche auch als solche Rechtssubjektivität bezüglich der ihr zugewendeten und ihrer Verwaltung anvertrauten Vermögen.[18] Als Mitglieder

11) L. R. II., 12. §§ 54. 67.

12) Die Elementarschulen sind in der Regel Anstalten der politischen Gemeinde ohne selbständige Persönlichkeit. Sie können aber solche erhalten. Das ist insbesondere bei den Schulsocietäten der Fall. Plenarbeschluß des O. Trib. Bd. 25 S. 304. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 700. Vgl. unten § 53 Anm. 4a.

13) Vgl. Art. 14 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850. Turnau a. a. O. § 47 ff. Zu den Privilegien der evangelischen und römisch-katholischen Kirche gehört unter Anderem Befreiung der bei Inkrafttreten des Gesetzes vom 21. Mai 1861 denselben gehörigen Grundstücke von der Grundsteuer, § 4 Buchst. e dieses Gesetzes. Von der Gebäudesteuer sind die gottesdienstlichen Gebäude aller religiösen Korporationen befreit. Gebäudesteuergesetz vom 21. Mai 1861 § 3 Ziff. 4.

14) L. R. II, 11 § 170. „Kirchen sind ausschließend das Eigenthum der Kirchengesellschaft, zu deren Gebrauche sie bestimmt sind." So nach Boehmer jus eccles. Protest. III. cap. V. § 30, vgl. Jacobson das evangelische Kirchenrecht des Preußischen Staates S. 637, Hübler der Eigenthümer des Kirchengutes S. 78 ff. Nach kanonischem Rechte ist die Frage des Eigenthumssubjektes bezüglich des Vermögens der Kirchen bestritten. Die eine Ansicht sieht die allgemeine katholische Kirche als Eigenthümerin des Kirchengutes an. Die andere erachtet die Pfarrkirchen als selbständige Träger der juristischen Persönlichkeit. Vgl. auch Schulte die juristische Persönlichkeit der katholischen Kirche 1869. Die Anwendung der Bestimmungen des L. R. in dessen Gebiet bleibt hierdurch aber unberührt. So auch Hinschius die preußischen Kirchengesetze der Jahre 1874 und 1875 S. 125. Das Gesetz über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden vom 20. Juni 1875 läßt die Frage offen.

15) Ueber die selbständige Existenz von Filialkirchgemeinden vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1060.

16) Dies war unter Anderem anerkannt im Gesetz über die Verwaltung erledigter Bisthümer vom 20. Mai 1874 § 6, wonach die Staatskommissarien unter den dort bezeichneten Voraussetzungen „das dem bischöflichen Stuhl gehörige und das der Verwaltung des Bischofes unterliegende Vermögen" in Verwahrung und Verwaltung nahmen.

17) L. R. II, 11. §§ 939. 940. Verfassung vom 31. Januar 1850 Art. 13. Nach Erlaß der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1860 können zwar Korporationsrechte an Klöster nur auf Grund eines Gesetzes ertheilt werden. Thatsächlich wurde jedoch diese Bestimmung vielfach dadurch umgangen, daß Korporationsrechte für milde Stiftungen — Waisenhäuser, Krankenhäuser u. s. w. — nachgesucht wurden, an welchen dann den geistlichen Orden angehörende Personen wirkten. Für die Niederlassungen als solche ist maßgebend das Reichsgesetz vom 4. Juli 1872 gegen die Jesuiten, das Gesetz vom 21. Mai 1886 § 13, Gesetz vom 29. April 1887.

der römisch-katholischen Kirche erachtet man übrigens staatlicherseits auch die das Vatikanische Konzil ablehnenden s. g. Altkatholiken, es haben demzufolge auch ihre Institutionen, insbesondere der staatlich dotirte altkatholische Bischofsstuhl die Rechte juristischer Persönlichkeit.[19]

Andere Religionsgesellschaften sind entweder ausdrücklich aufgenommene oder bloß geduldete;[20] erstere haben Korporationsrechte, letztere entbehren derselben. Korporationsrechte besitzen derzeit die Herrenhuter,[21] Altlutheraner,[22] Juden,[23] Mennoniten, Wiedertäufer,[24] soweit deren einzelne Gemeinden mit Rücksicht auf ihre Leistungsfähigkeit zur Erhaltung ihres Kirchensystems staatliche Anerkennung erhalten; bloß geduldet sind unter Andern die Deutschkatholiken, Freigemeinden, Irvingianer, Anglikaner.[25]

3. Durch Staatsgenehmigung gewinnen gemeinnützige Stiftungen d. h. selbständige Anstalten zu nützlichen Zwecken Persönlichkeit. Armen- und Versorgungsanstalten erhalten sogar im Fall bloß stillschweigender Genehmigung Korporationsrechte und die Rechte der Kirchengüter.[26] Hiernach steht auch den Vereinen zu gegenseitiger Unterstützung in Krankheits-, Sterbe- oder sonstigen Nothfällen nach ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung ihrer Sta-

---

18) Gesetz vom 3. Juni 1876 § 19.

19) Darüber, daß die s. g. Altkatholiken zur römisch-katholischen Kirche gehören, bis sie ausgetreten oder rechtsgültig ausgeschlossen sind, vgl. Gruchot Bd. 19 S. 230 auch S. 249. Ob aber mit dieser Zugehörigkeit die Errichtung selbständiger Organisationen für deren Gemeinschaft und die Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Rechte der altkatholischen Kirchengemeinschaften an dem kirchlichen Vermögen vom 4. Juli 1875 logisch vereinbare Thatsachen sind, muß hier dahingestellt bleiben.

20) L. R. II, 11 § 17. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 28 S. 367, gemäß welcher auch vor Erlaß der Verfassung die bloße Genehmigung, welche Duldung vermittelte, der Aufnahme nicht gleichstand.

21) Vgl. das bei Rönne Ergänz. 5. Ausgabe zu L. R. II, 11 Bd. 2 S. 711 abgedruckte Reskript.

22) Verordnung vom 23. Juli 1845.

23) Gesetz vom 23. Juli 1847 betr. die Verhältnisse der Juden § 35 ff. Vgl. hierzu Gesetz vom 28. Juli 1876 betr. den Austritt aus der jüdischen Synagogengemeinde § 8, wonach den Ausgetretenen durch königliche Verordnung die Rechte einer Synagogengemeinde beigelegt werden können.

24) Gesetz vom 12. Juni 1874. Gesetz vom 7. Juli 1875.

25) L. R. II, 11 § 20. Vgl. auch das Patent vom 30. Mai 1847 die Bildung neuer Religionsgesellschaften betreffend. Geduldet werden alle Religionsgesellschaften, solange dieselben nicht den Gesetzen, insbesondere dem Vereinsgesetz vom 11. März 1850 zuwiderhandeln, welches nur auf mit Korporationsrechten versehene religiöse Vereine nach § 2 keine Anwendung findet.

26) L. R. II, 19 § 42 ff. Da Schenkungen und letztwillige Zuwendungen, welche eine neue juristische Person in das Leben rufen, der königlichen Genehmigung bedürfen, und ohne solche Zuwendungen eine Anstalt nicht entstehen kann, so ist von diesem Standpunkte aus auch für Armen- und Versorgungsanstalten stets ausdrückliche Genehmigung nöthig.

tuten durch die zuständigen Behörden juristische Persönlichkeit zu.[27] [28] Solche haben insbesondere auch die bergmännischen Knappschaftsvereine.[29] Es müssen ferner als s. g. eingeschriebene Hülfskassen von den Behörden mit Rechten juristischer Persönlichkeit zugelassen werden Vereine zu gegenseitiger Unterstützung in Krankheitsfällen, falls dieselben den Vorschriften des Reichsgesetzes entsprechen.[30]

4. Natürlich können auch andere Vereinigungen und Anstalten Korporationsrechte gewinnen, falls dieselben sich korporativ gestalten wollen und Seitens der Staatsregierung die Anerkennung als Korporation erhalten.[31]

5. Das Landrecht erklärt endlich die Familien in Bezug auf ihnen zustehende Familienstiftungen und Fideikommisse als juristische Personen.[32]

Häufig finden sich Stiftungen, welche einer selbständigen juristischen Persönlichkeit entbehren, deren Zwecke vielmehr durch eine andere juristische Person verwirklicht werden sollen, z. B. solche Stipendienstiftungen, deren Verwaltung einer Universität übertragen ist, oder solche für Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecke bestimmte Lokalstiftungen, die einer Stadtgemeinde überwiesen sind.[33] Die Korporation ist dann verpflichtet, mit den Stiftungsmitteln die Stiftungszwecke in der vom Stifter vorgeschriebenen Weise zu verwirklichen. Die Oberaufsichtsbehörde hat das Recht und die Pflicht, gegen stiftungswidrige Verwendung der Mittel der Stiftung einzuschreiten.[34]

---

27) Ueber die Frage, ob L. R. II, 19 § 42 nur Anstalten, d. h. Stiftungen zu milden Zwecken betrifft, oder auch auf Vereine zu beziehen ist, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 23 S. 356 und die Ausführung des R. O. H. G. Bd. 17 S. 88, welche sich der ausdehnenden Interpretation anschließt.

28) Gesetz vom 3. April 1854 betreffend die gewerblichen Unterstützungskassen § 4. L. R. I, 11 § 651. Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 § 140.

29) Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 165.

30) Reichsgesetz vom 7. April 1876 §§ 3. 4. Die Zulassung erfolgt durch den Bezirksausschuß. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 §§ 141, 149.

31) Es haben z. B. Korporationsrechte durch besonderes Privilegium gewisse Freimaurerlogen und deren Töchterlogen.

32) L. R. II, 4 § 73. Die ältere gemeinrechtliche Doktrin, vgl. Höpfner Instit. § 61, faßte nicht selten den Begriff der juristischen Person als identisch mit dem der Korporation, woraus sich erklärt, daß das Landrecht nur die Korporationen (II. 6) in einem besonderen Titel behandelt hat. Dieser Einseitigkeit zu begegnen, hat die neuere Doktrin den Korporationen vorzugsweise die Stiftungen zugesellt, vgl. u. A. Savigny Bd. 2 S. 242 ff. Erschöpfend ist dies nicht, da die mannichfachen Arten und Formen der juristischen Person sich keineswegs schlechthin unter jene beiden Kategorien bringen lassen; ein katholisches Bisthum z. B. oder ein Gymnasium lassen sich weder als Korporation noch als Stiftung auffassen.

33) Vgl. auch l. 1. l. 4. D. de adm. rer. ad civ. pert. 50, 8. Brinz Pand. Bd. 2 S. 1029.

34) L. R. II, 6 § 73 ff. Aenderungen sind nur zulässig, soweit der Staat das sogenannte jus reformandi gegen juristische Personen hat. L. R. II, 6 §§ 77. 189 ff.

§ 52. Innere Verfassung der Korporation.

Die juristischen Personen sind so mannichfach gestaltet, daß eine allgemeine Theorie ihrer inneren Verfassung unthunlich ist; dagegen beruht die Verfassung der Korporationen bei aller Verschiedenheit im Einzelnen auf gemeinsamen Grundzügen.

Die Verfassung der Korporationen gründet sich entweder auf Gesetze des Staates[1] oder auf besondere Statuten (Verfassungen), sowie statutenmäßig gefaßte Beschlüsse, welche staatlich genehmigt wurden.[2] Verfassungsbestimmungen, welche den Zweck der Korporation und die nächsten Mittel seiner Ausführung regeln, bilden die Grundverfassung der Korporation. Diese Grundverfassung hat besondere Unverletzlichkeit. Sie kann in der Regel nur durch einstimmigen Beschluß der Glieder der Korporation unter Staatsgenehmigung geändert werden, und bindet die Mitglieder so, daß eine Dispensation von deren Vorschriften unzulässig ist. Andere Verfassungsbestimmungen können hingegen durch Mehrheitsbeschlüsse, jedoch auch nur unter Staatsgenehmigung aufgehoben werden.[3]

Neben den Statuten und Gesetzen ist das Herkommen besonders zu berücksichtigen, soweit es der Grundverfassung der Korporation und den Staatsgesetzen nicht widerspricht.[4] Erst in Ermangelung derartiger Normen ist die allgemeine Theorie des Landrechts maßgebend.[5] Nach derselben wohnt das Recht zur Verfügung über die Korporationsangelegenheiten der Mehrheit der Mit-

---

1) Die Bestimmungen des L. R. II, 8 § 108 ff., welche seiner Zeit die Stadtverfassungen regelten, wurden ersetzt durch die auf neuen Grundlagen ruhende Städteordnung vom 19. November 1808 N. C. C. XII. S. 471. Jetzt gilt für die sechs östlichen Provinzen der Monarchie die Städteordnung vom 30. Mai 1853, für Westphalen die Städteordnung vom 19. März 1856; besondere Städteordnungen sind ferner für die Rheinprovinz und neuerdings für Schleswig-Holstein erlassen. Für die Landgemeinden der sieben östlichen Provinzen gilt die Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891; für Westphalen besteht eine Landgemeindeordnung vom 19. März 1856. Es kommen weiter in Betracht die Kreisordnung vom 13. December 1872, die Provinzialordnung vom 29. Juni 1875 und das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883. Ueber die Verhältnisse der evangelischen Kirchengemeinden vgl. vorzugsweise die Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. September 1873 für die sechs östlichen Provinzen, und das Gesetz vom 25. Mai 1874, sowie das Gesetz vom 3. Juni 1876; über die Verhältnisse der katholischen Kirche siehe das Gesetz über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden vom 20. Juni 1875 sowie das Gesetz vom 7. Juni 1876 über die Aufsichtsrechte des Staates, vgl. auch Hinschius die Preußischen Kirchengesetze der Jahre 1874 und 1875 S. 107.

2) L. R. II, 6 § 26.

3) L. R. II, 6 §§ 28. 29. 38.

4) L. R. II, 6 § 33. Vgl. über die rechtsbildende Kraft des Herkommens bei Korporationen und Stiftungen Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 18.

5) L. R. II, 6 § 41 ff., vgl. Nettelbladt system. elem. univ. jurispr. nat. § 404 ff., theilweise Quelle dieser landrechtlichen Bestimmungen.

glieder inne.[6] Die Beschlüsse derselben werden theils in ordentlichen, theils in außerordentlichen Generalversammlungen gefaßt. Zu den letzteren sind sämmtliche Mitglieder zu laden, welche entweder selbst oder deren Bevollmächtigte bekanntermaßen in der Provinz Wohnsitz haben; auch ist hier der Gegenstand der Verhandlung bei der Ladung anzugeben.[7] Alle wichtigeren Maßregeln sind diesen außerordentlichen Versammlungen vorbehalten. Hierher gehören Auflegung neuer Beiträge, Aufnahme von Schulden, Veräußerungen und Verpfändungen, welche nicht durch die laufende Verwaltung bedingt sind, nicht weniger die Wahl von Vorstehern, Beamten, Repräsentanten. Der Einstimmigkeit aber und der Regierungsgenehmigung bedürfen Beschlüsse, welche nicht auf den ursprünglichen Zwecken der Vereinigung fußen, insbesondere über Auflegung solcher Beiträge, die weder in der Verfassung gegründet, noch durch den Korporationszweck bedingt, noch zur Tilgung rechtsgültiger Verbindlichkeiten nothwendig sind, ferner über Abänderung der Grundverfassung, endlich über Aufhebung der Korporation.[8] Die Berufung und Leitung der Generalversammlung geschieht durch den Vorstand. Jede Korporation muß einen Vorstand haben,[9] sie kann außerdem einen Syndikus und andere Beamte anstellen;[10] die Wahlen gelten für Lebenszeit, wenn die Dauer der Amtszeit nicht begrenzt wurde.[11] — Der Austritt aus

---

6) L. R. II, 6 § 51 ff. Sind Weiber stimmberechtigt? Ja, wenn Statuten und Observanzen nicht entgegenstehen, da das Gesetz die Weiber nirgends ausschließt. Vgl. L. R. II, 4 § 11. — Stellvertretung ist nicht unzulässig, doch kann nur ein Korporationsgenosse zum Vertreter ernannt werden, L. R. II, 6 § 61. Dies ist auch auf Vormünder und andere gesetzliche Vertreter anzuwenden, worüber man jedoch streiten könnte. Nach der Landgemeindeordnung vom 14. April 1856 § 6 können Minderjährige durch ihren Vater, Stiefvater oder Vormund, Ehefrauen durch ihre Ehemänner, auswärts wohnende oder juristische Personen durch Pächter oder Nießbraucher in der Ausübung des Stimmrechtes, zu welchem sie ihr Grundbesitz befähigt, vertreten werden. Aehnlich Kreisordnung vom 13. December 1872 § 97 bezüglich der Wahl der größeren Grundbesitzer zu den Kreistagen. — Im Falle der Stimmengleichheit entscheidet die vorgesetzte Behörde, L. R. II, 6 § 63.

7) Ist die Angabe nicht geschehen, so müssen zwei Drittheile der Mitglieder anwesend sein. L. R. II, 6 §§ 54. 55. Es liegt hierin eine Reminiscenz an l. 2 l. 3. D. de decretis ab ordine fac. 50, 9, und an eine gemeinrechtlich verbreitete Lehre, welche schlechthin Anwesenheit von zwei Dritteln der Stimmberechtigten zu gültigen Beschlüssen forderte. Eine andere Anwendung der zwei Drittelmehrheit ist, daß die Frage, ob die Gesellschaft Repräsentanten ernennen will, durch zwei Drittel der anwesenden Mitglieder bejaht werden muß, L. R. II, 6 § 116.

8) L. R. II, 6 §§ 180. 29. 64 ff.

9) L. R. II, 6 § 137.

10) Ob ein Mitglied der Korporation nach Analogie der l. 18. § 3 D. de mun. 50, 4 zur Uebernahme einer Beamtung gezwungen werden kann, war gemeinrechtlich bestritten. Dafür u. A. Lauterbach coll. Pand. h. t. 3, 4. § 18. Berger oec. jur. IV. 10. th. 3 n. 3. Dagegen Glück Bd. 5 S. 312. Das Landrecht erkennt II, 6 § 161 den Zwang zur Uebernahme an und läßt nur dieselben Entschuldigungsgründe, wie bei Uebernahme von Vormundschaft, zu.

11) L. R. II, 6 § 170. Nach § 172 soll jedoch der Staat die Korporationsbeamten aus den Gründen absetzen können, aus welchen er die eigenen Beamten ihres Amtes ver-

der Korporation steht der Regel nach deren Gliedern frei.[12] Der Korporation kann nach ihrer Verfassung das Recht zur Auflegung von Geldstrafen gegen Mitglieder, welche sich ihr gegenüber verfehlen, zustehen.[13] Auch ist sie zur Ausstoßung solcher Mitglieder berechtigt, welche dem Korporationszweck vorsätzlich oder beharrlich entgegenhandeln. Ueber die Rechtmäßigkeit solcher Strafen und Nachtheile steht dem Betroffenen der Rechtsweg offen.[14] Dies gilt aber nicht für den Beschluß einer Religionsgemeinde über Ausschließung eines Mitglieds.[15]

Sonderrechte einzelner Korporationsgenossen bezüglich des Korporationsvermögens, oder des Antheils an der Verwaltung der Korporationsgeschäfte oder auch der Beschlußfassung über deren Angelegenheiten — s. g. jura singulorum — können ihnen ohne ihre Zustimmung durch Korporationsbeschlüsse nicht entzogen werden.[16] Dies bezieht sich natürlich nicht auf bloß vergünstigungsweise eingeräumte Vortheile, oder auf solche Befugnisse, welche ihnen im Interesse der Korporation und nicht als Sonderrechte übertragen wurden.

§ 53. Vertretung der juristischen Person nach Außen.

Die Vertretung der juristischen Person nach Außen ist für den Verkehr von besonderer Wichtigkeit. Sie wird zum Theil unmittelbar gesetzlich geordnet.[1] Die Vertretung der Stadtgemeinden geschieht hiernach durch deren Magistrate, der Landgemeinden durch deren Schulzen, die der protestantischen Kirchengemeinden durch den Gemeindekirchenrath, der katholischen durch den Kirchenvorstand. Innere Angelegenheit der Gemeinde bleibt das Verhältniß

---

lustig erklären kann. Für Gemeindebeamte enthält das Disciplinargesetz vom 21. Juli 1852 § 78. besondere Bestimmungen.

12) L. R. II, 6 § 182 ff., jedoch nur mit Ablauf des Rechnungsjahres vgl. II, 6 §§ 184. 185. Ueber den Austritt aus der Kirche vgl. Gesetz vom 14. Mai 1873.

13) Vgl. L. R. II, 6 § 25. Nach dem Gesetze über die Grenzen des Rechtes zum Gebrauch kirchlicher Straf- und Zuchtmittel vom 13. Mai 1873 § 1 sind Religionsgesellschaften u. A. zu Verhängung von Vermögensstrafen nicht befugt. Die §§ 2—6 dieses Gesetzes sind durch Art. 4 des Gesetzes vom 29. April 1887 aufgehoben.

14) L. R. II., 6 §§ 43. 44. Entsch. des O. Trib. Bd. 7 S. 138 erkannte die Klage des ausgestoßenen Mitgliedes auf Theilnahme an der Korporation, auch abgesehen von dem etwaigen Vermögensinteresse desselben, an und hat selbst einen Privatvertrag für ungültig erklärt, welcher die Ausschließung des gerichtlichen Verfahrens gegen eine etwaige Ausstoßung eines Mitgliedes zum Inhalte hat. Striethorst Archiv Bd. 7 S. 292 ff.

15) R. G. Bd. 26 S. 277, citirtes Gesetz vom 13. Mai 1873, vgl. auch Hinschius bei Koch Kommentar zu L. R. II, 11 § 56.

16) Ueber die Rechtsverhältnisse an Kirchenstühlen vergl. Delius bei Gruchot Bd. 34 S. 687.

1) Ueber die Vertretung von Reich und Staat siehe unten § 57.

des Magistrats zu den Stadtverordneten,[2] des Kirchenvorstands zu den kirchlichen Gemeindevertretungen.[3] Die evangelische Landeskirche wird durch den evangelischen Oberkirchenrath, Universitäten werden nach Maßgabe ihrer Statuten zum größeren Theil durch die vorgesetzten Kuratoren,[4] Gymnasien und Schullehrerseminarien, insofern in der Ortsschulordnung keine besondere Bestimmung getroffen ist, durch die Provinzialschulkollegien, Schulgemeinden durch den Schulvorstand[4a] vertreten.[5] Für Stiftungen muß die Aufsichtsbehörde eine Vertretung herstellen, wenn eine solche nicht stiftungsgemäß angeordnet ist, vorausgesetzt, daß sie nicht einer schon bestehenden Anstalt oder Korporation zugewiesen sind.[6] Korporationen finden, wenn Gesetz oder Statut nicht anders verfügt haben, ihre Vertretung in den Generalversammlungen. Zustellungen aber können an den Vorsteher geschehen.[7] Auch kann die Obrigkeit verlangen, daß sie behufs Verhandlung ihrer Rechtsangelegenheiten zwei oder drei Deputirte wählen.[8] Meist besitzen indessen die Korporationen Beamte, welche sie innerhalb des Kreises ihrer Zuständigkeit vertreten. Auch können sie ihre Vertretung einem oder mehreren Repräsentanten[9] übertragen. Ihre Vollmacht ist durch Beschluß der Gesellschaft jederzeit widerrufbar. Für einige Korporationen ist die Staatsbehörde befugt, die Ernennung von Repräsentanten

2) Dies wenigstens nach der Städteordnung vom 30. Mai 1853 und der für Westphalen vom 19. März 1856 § 56. So auch R. O. H. G. Bd. 13 S. 332, dagegen E. Meier über den Abschluß von Staatsverträgen 1874 S. 45 ff. Vgl. Schultzenstein bei Gruchot Bd. 18 S. 775. Bei Landgemeinden besteht der entgegengesetzte Satz. Die Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 § 88 Ziff. 7 Abs. 2 bestimmt hiernach: Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegenüber Dritten verbinden sollen, ingleichen Vollmachten müssen unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und unter Anführung der dazu etwa erforderlichen Genehmigung der Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde vom Schulzen und einem Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein.

3) Ev. Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. September 1873 § 22, Gesetz über die Verwaltung des kath. Kirchenvermögens §§ 8. 19. Dritten gegenüber wird die ordnungsmäßige Beschlußfassung über die Rechtshandlung festgestellt durch die mittels des Amtssiegels beglaubigte Unterschrift des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters und zweier s. g. Aeltester bei protestantischen, zweier Mitglieder des Kirchenvorstandes bei katholischen Gemeinden.

4) L. R. II, 12 §§ 67. 68.

4a) Entsch. d. Kammergerichts Bd. 11 S. 120, vgl. oben § 51 Anm. 12.

5) R. O. vom 31. December 1825.

6) Vgl. L. R. II, 19 § 36. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1072.

7) Ueber Zustellungen vgl. A. G. O. I, 7 § 29 und R. C. P. O. § 157; sie können auch an einen der Vorsteher gültigerweise geschehen, cit. § 157. Die Zustellung an den Rendanten genügt nicht. Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 225.

8) L. G. II, 6 § 149. Ist die Korporation verklagt, so kann ihr, wenn Gefahr im Verzuge, der Vorsitzende des Proceßgerichts auf Antrag bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter bestellen, R. C. P. O. § 55.

9) Ueber das Verhältniß der Repräsentanten vgl. L. R. II, 6 § 114 ff., insbesondere § 129, vgl. auch § 133. Der jetzige Sprachgebrauch — aber auch schon L. R. II, 8 §§ 113. 114 — versteht bekanntlich unter Repräsentanten der Korporation meist etwas anderes, nämlich deren Vertretung gegenüber den sie verwaltenden Organen.

zu erzwingen, äußersten Falles die vorläufige Ernennung von Repräsentanten selbst vorzunehmen.[10]

Die einzelnen Korporationsgenossen haben als solche nicht das Recht die Korporation zu vertreten. Gleichwohl sind dieselben nach preußischem Rechte befugt, Besitz für die Gemeinheit zu erwerben.[11]

Handlungen und Unterlassungen, welche Repräsentanten oder Beamte der juristischen Person bei Verwaltung des Vermögens derselben innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugniß vornehmen, sind Dritten gegenüber so aufzufassen, als habe sie die juristische Person selbst vorgenommen. Dabei kommt es nur an auf die Stellung, welche diese Vertreter nach Außen hin einnehmen, keineswegs auf Beschränkungen ihrer Befugnisse, welche Dritte, die mit ihnen verhandelten, nicht kannten oder kennen mußten.[12] Demgemäß werden anerkanntermaßen juristische Personen durch Verträge ihrer Vertreter in dem Sinne verpflichtet, daß ihnen deren Arglist, Verschulden, Verzug zur Last fällt, mag es sich nun um schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß oder bei dessen späterer Ausführung handeln.[13] Bestritten ist dagegen, ob die juristische Person wegen schuldhafter außerkontraktlicher Handlungen oder Unterlassungen ihrer Beamten und Vertreter in ihrem Amtskreis verhaftet ist, z. B. wegen Vernachlässigung von solchen auf Sicherung des Publikums abzielenden Schutzmaßregeln, welche das Gesetz von den Grundeigenthümern fordert. Nach römischem Rechte war das zu verneinen, weil die juristische Person als bloßes Begriffswesen nicht in Schuld sein kann.[14] Die deutsche Rechtsauffassung

---

10) Insbesondere für Gewerkschaften, Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 127.

11) L. R. I, 7 § 26 ff. ergiebt die Möglichkeit des Erwerbes des Besitzes für die Korporation durch deren Mitglieder auch ohne besondere Vollmacht, und die der Ersitzung im Fall der Redlichkeit der Mehrheit derselben. Insbesondere können die einzelnen Mitglieder einer Gemeinde derselben Besitz von Grundgerechtigkeiten erwerben, indem sie Nutzungen beziehen, nicht weniger Besitz von Untersagungsrechten, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 8 S. 1, Bd. 16 S. 18, Bd. 53 S. 16, Striethorst Archiv Bd. 98 S. 98, Piners in Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 452 ff. Anders Koch Kommentar zu L. R. I, 7 § 34. Die landrechtlichen Sätze stehen in Verbindung mit älterem deutschem Recht; wenn auch die Praxis seit dem sechzehnten Jahrhundert die Trennung des Rechtes der Korporation und des Rechtes der Einzelnen möglichst durchführte, hielt sie doch mancherlei vermittelnde Sätze aufrecht, in denen thatsächlich die Anerkennung einer Verknüpfung von Gesammtrecht und Einzelrecht enthalten war. Insbesondere ließ sie Besitzerwerb der Gemeinde durch Nutzungshandlungen der einzelnen Gemeindeglieder zu. So Gierke Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 728 und die dort Angeführten, insbesondere Wesembeck cons. 311 n. 6—9, cons. 301 n. 143. Vgl. oben § 49 Anm. 4 und unten § 154 Anm. 13.

12) L. R. II, 6 § 120 ff.

13) Vgl. R. G. Bd. 19 S. 348.

14) So Ulpian in der berühmten und immer noch nachwirkenden l. 15 § 1 D. de dolo malo 4, 3: et puto ex suo quidem dolo non posse dari, quid enim municipes dolo facere possunt? Geht man von dieser Vorstellung aus, so ist auch die Anwendung der Grundsätze des Mandates nicht statthaft, wonach der Mandant für Verschuldung bei

aber geht dahin, daß der Korporation zuzurechnen ist, was ihre Organe in ihrem Amtskreis thun und lassen.[15] So auch überwiegend die Rechtsprechung.[16] Sie entspricht der Gerechtigkeit. Die Organe der juristischen Person vermitteln deren Verkehr, ihr Wille ersetzt beim Erwerb den der juristischen Person; demnach ist es nur gerecht, daß auch die Folgen ihrer Handlungen und Unterlassungen auf die juristische Person fallen.[17] Eine Anwendung dieses Grundsatzes macht das Gesetz, wenn es die Repräsentanten der Gemeine in Ansehung der Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes als die Gemeine selbst ansieht.[18]

Die juristische Person hat einen Wohnsitz im Rechtssinn, nach welchem sich ihre Rechtsfähigkeit und ihr allgemeiner Gerichtsstand bestimmt. Als solcher gilt, wenn nichts anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, daneben ist ein durch Statut besonders geregelter statthaft.[19]

Auswahl und Ueberwachung haftet. Auch eine Auswahl kann nicht von der nur in der Idee bestehenden juristischen Person als solcher, sondern nur von den Organen derselben vorgenommen werden.

15) Vgl. oben § 49 Anm. 4.

16) Vgl. L. R. II, 6 § 156. Dem Grundsatz des Textes folgten überwiegend die landrechtlichen Senate des Obertribunals, Entsch. Bd. 61 S. 1 ff. Hiernach müssen Gemeinden haften für Schaden, welcher Reisenden und Fuhrleuten aus der Vernachlässigung der öffentlichen Wege durch die Wegebauten erwuchs, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 14 S. 92. Auch das R. O. H. G. Bd. 8 S. 201 hat den Fiskus haftbar erklärt für den Schaden, welcher dadurch entstand, daß seine Beamten die nach § 345 Ziff. 9 des preuß. Strafgesetzbuches gebotenen Vorrichtungen verabsäumten. An andern Orten verwarf das R. O. H. G. — vgl. Bd. 18 S. 136 — den Satz, daß die juristische Person für die facta illicita ihrer Beamten und Vertreter an sich hafte, wenn diese bei Ausübung ihrer Funktionen gefehlt haben. Das R. G. Bd. 8 S. 236, Bd. 17 S. 105, Bd. 22 S. 259, bei Gruchot Bd. 32 S. 1041, theilt aber den im Text vertretenen Standpunkt. Die Ansichten der Schriftsteller gehen weit auseinander. Für die ausgedehnte Haftbarkeit ist namentlich Zachariae Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 1863; dagegen weist ihr enge Grenzen an Edgar Löning die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, 1879.

17) Viel bestritten ist die Frage, inwieweit der Staat für rechtswidrige Handlungen zu haften habe, welche seine Beamten in dieser Eigenschaft vornehmen. Dieselbe hat natürlich nichts gemein mit der eigenen Haftbarkeit der schuldigen Beamten, welche anerkanntermaßen eintritt, aber freilich häufig nicht ausreicht, da die Beamten nicht immer im Stande sind, Ersatz zu leisten. Es sind zu unterscheiden Handlungen, welche bei der Verwaltung des Staatsvermögens vorgenommen wurden. Hier tritt nach den im Texte ausgeführten Grundsätzen schlechthin Haftung des Staates ein. Anders, wenn die Beamten bei der Verwaltung von Hoheitsrechten, welche dem Staat zustehen, schuldhafte Handlungen begehen. Allerdings behauptet Zachariae a. a. O. auch für diesen Fall allgemein die Haftung des Staates aus dem Grunde, weil es eine Anforderung des Rechtes sei, daß die Unterthanen nicht durch die Einrichtungen des Staates ungebührlich verletzt würden. Nach dem preußischen Recht ist eine solche Haftung des Staates für diesen Fall, von besonderen Gesetzen abgesehen, jedoch nicht anzunehmen; vgl. etwa auch L. R. II, 17 §§ 90—97. Uebereinstimmend ist das O. Trib. Entsch. Bd. 61 S. 1 ff. Für die Versehen der Grundbuchbeamten bei Wahrnehmung ihrer Amtspflichten haftet der Staat subsidiär nach G. B. O. vom 5. Mai 1872 § 29, unten § 206 a. E. und Bd. 2 § 298 bei Anm. 17.

18) Worte von L. R. I, 7 § 32.

19) R. C. P. O. §§ 19. 20. 23, vgl. auch A. G. O. I, 2 § 103 ff. R. O. H. G. Bd. 18 S. 135.

§ 54. Rechte und Pflichten der juristischen Personen.

Die juristischen Personen haben Rechte und Pflichten wie die natürlichen,[1] dies jedoch nur soweit es ihre Beschaffenheit erlaubt und ihre Zwecke bedingen.[1a]

Vor allem sind sie vermögensfähig; sie können daher Besitz erwerben,[2] Eigenthum und andere dingliche Rechte[3] haben und dieselben auf ihren Namen in das Grundbuch eintragen lassen, sind ferner fähig, Subjekte von Forderungen und von Schulden zu sein,[4] als Kaufleute Handelsgeschäfte zu betreiben und sich in das Firmenregister eintragen zu lassen, Theilhaber von offenen Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften zu werden, desgleichen Bergwerke zu muthen, vorausgesetzt, daß sie bei diesen Akten die ihnen durch ihre Verfassung gesteckten Grenzen nicht überschreiten.[5] Sie sind auch fähig, Erbschaften zu erwerben.[6] Sie klagen endlich in eigenem Namen, können verklagt, verurtheilt werden und unterliegen der Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen.[7]

Dagegen sind die Gläubiger, welche ein Urtheil gegen eine Korporation erstritten haben, nicht berechtigt, dasselbe gegen deren einzelne Mitglieder vollstrecken zu lassen, da die Verpflichtungen der Korporation nur der Gesammtheit, nicht den Gliedern obliegen.[8] Es ist Sache der Korporation, sich nöthigenfalls durch Umlagen von ihren Mitgliedern die Mittel zur Tilgung ihrer Schulden zu verschaffen.[9] Auch soll ein gewisses in den Verhältnissen begründetes Maß der Umlagen zum Zwecke der Schuldentilgung nicht

---

1) L. R. II, 6 § 82. Vgl. R. G. Bd. 19 S. 349 ff. Sie haben auch öffentliche Rechte, insbesondere kommunale, vgl. Städteordnung vom 30. Mai 1853 und vom 19. März 1856 §§ 8 und 25. Dagegen werden sie auch vom Staat und den Gemeinden besteuert.

1a) Vgl. auch unten § 225 Anm. 10.

2) L. R. I, 7 § 26 ff., oben § 53 Anm. 11.

3) Ueber den einer juristischen Person bestellten Nießbrauch vgl. unten § 280 zu 2.

4) Das L. R. hebt II, 6 § 110 hervor, daß die juristische Person aus den Verträgen ihres legitimirten Vertreters verbunden ist, wenn auch das Gegebene oder Geleistete nicht zu ihrem Besten verwendet wurde. Die entgegengesetzte Ansicht wurde gemeinrechtlich nicht selten auf Grund l. 27 D. de rebus creditis 12, 1 vertheidigt, vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 66.

5) Hiernach hat der Handelsminister einer Eisenbahnaktiengesellschaft die Fähigkeit zum Muthen eines Bergwerks abgesprochen. Achenbach Bergrecht Bd. 1 S. 318.

6) L. R. I, 12 § 39. In Rom hatten sie dies Recht nur auf Grund besonderer Privilegien, anders schon nach gemeinem Recht. Dernburg Pand. Bd. 3 § 59.

7) A. G. O. I, 35 § 33. An diejenigen Vermögenstheile, deren Nutzungen Einzelnen überlassen sind, können sich die Gläubiger nur in zweiter Linie halten, und zwar nur soweit die Rechte jener Einzelnen nicht stärkere Kraft haben. L. R. II, 6 §§ 69. 92.

8) l. 6 § 1. D. de div. rerum l. 8. l. 7. § 1 De quod cujusque univers. 3, 4. Das Mitglied einer Korporation ist deshalb in Prozessen derselben von der Ausübung des Richteramtes nach R. C. P. O. § 41 Ziff. 1 nicht ausgeschlossen. Thatfrage ist, ob die Ablehnung nach R. C. P. O. § 42 zulässig ist, R. G. Bd. 7 S. 311.

9) L. R. II, 6 § 96 geht nur durch ungenauen Ausdruck weiter, vgl. II, 6 § 97. Wer aus einer Korporation austritt, wird in der Regel von der Pflicht zu ferneren Beiträgen zum Zwecke der Schuldentilgung frei II, 6 § 103. — Eine positive Ausnahme macht § 107, wenn durch Korporationsbeschlüsse Schulden gemacht wurden, welche nicht zum Besten der Korporation, sondern nur der gegenwärtigen Mitglieder derselben waren.

überschritten werden, so daß unter Umständen die Abzahlung nur allmählig erfolgt. Dem Gläubiger bleibt nur das Recht der Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde, falls das entsprechende Maß der Umlagen Seitens der Korporation nicht flüssig gemacht wird.[10]

Bezüglich des Vermögens der Landgemeinden wie der Stadtgemeinden wird unterschieden:

a) Das Gemeindevermögen, in Städten auch Kämmereivermögen genannt, dessen Erträgnisse für die Zwecke des Gemeindehaushalts bestimmt sind, Korporationsgut im engeren Sinn.

b) Das Gemeindegliedervermögen, in Städten auch Bürgervermögen benannt, dessen Nutzungen den Gemeindeangehörigen, oder einzelnen Klassen oder Mitgliedern derselben vermöge ihrer Gemeindeangehörigkeit zukommen.

Ob auch das Gemeindegliedervermögen der Gemeinde als solcher gehöre, war bestritten. Die neuere Gesetzgebung hat das Eigenthum der Gemeinde an demselben anerkannt, aber unbeschadet des Rechtes der Gemeindegenossen auf dessen Nutzungen. Dies gilt auch für den Fall, daß das Recht auf die Erträgnisse nur Einzelnen oder einzelnen Klassen von Gemeindeangehörigen zukommt.

Das Nutzungsrecht an solchem Vermögen kann zwar den Nutzungsberechtigten nicht ohne ihre Einwilligung entzogen werden, gilt aber als Ausfluß des öffentlichen Rechtes. Daher entscheidet über dasselbe im Fall von Streitigkeiten der Gemeindevorstand. Gegen seine Entscheidung findet Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt.[11]

---

10) L. R. II, 6 § 97 ff. Außerdem schreibt Anhang § 153 zu A. G. O. I, 24 § 45 vor, daß die Gerichte mit der Exekution gegen moralische Personen nur nach Vereinbarung mit der Bezirksregierung, und falls diese nicht erreicht wird, nach Anweisung des Justizministers vorzugehen haben. — Dies gilt auch für den Fall, in dem die Korporation Gemeindevermögen hat, welches der Vollstreckung dienen kann. Das Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 15 Ziff. 4 erhält die bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Kommunalverbände und solche solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden. Dergleichen Zwangsvollstreckungen dürfen daher die Gerichtsvollzieher im Auftrage des Gläubigers nicht unternehmen, Verf. des Justizministers vom 24. März 1882 bei Kayser Reichsjustizgesetze Ziff. 121 a.

11) Das Landrecht hatte sich im Sinne des Miteigenthums ausgesprochen. Denn offenbar diese Verhältnisse hatte es im Auge, als es II, 6 § 72 bestimmte, „derjenige Theil des Gesellschaftsvermögens, wovon die Nutzungen für die einzelnen Mitglieder bestimmt sind, muß nach den Rechten des gemeinsamen Eigenthums behandelt werden." Vgl. L. R. II, 8 §§ 159—161. Hieran schloß sich § 17 der Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821, vermöge dessen „bei Grundstücken, deren Eigenthum einer Stadt- oder Dorfgemeinde zusteht, deren Nutzungen aber den einzelnen angesessenen Gemeindegliedern gebühren, jedes nutzungsberechtigte Mitglied die Auseinandersetzung verlangen kann." Hingegen die Deklaration vom 26. Juli 1847 unterscheidet außer dem eigentlichen Gemeinde- oder Kämmereivermögen zwei Klassen von Vermögen: 1) Solches, dessen

c) Von dem Gemeindegliedervermögen verschieden ist das s. g. Interessentenvermögen in Fällen, in welchen Nutzungen in Frage stehen, welche Gemeindegenossen nicht in dieser Eigenschaft, sondern auf Grund privatrechtlicher Titel zustehen. Solche Rechte können im Rechtswege verfolgt werden.

§ 55. Die Staatskontrole.

Die Hoheitsrechte des Staates gegenüber den juristischen Personen sind von tiefgreifender Bedeutung. Die Befugnisse der Staatsorgane sind theils bevormundender, theils polizeilich beschränkender Art, je nachdem entweder die Förderung und Pflege der Korporationen und Anstalten, oder die Vorkehrung gegen Uebergriffe derselben bestimmend ist; manche Maßnahmen haben begreiflich beiderlei Zwecke. Die Ausübung dieser staatlichen Fürsorge geschieht durch die Behörde, welcher ressortmäßig die juristische Person untergeordnet ist; unter Umständen ist die Entschließung dem Landesherrn selbst vorbehalten.[1]

1. Kraft seines Oberaufsichtsrechtes hat der Staat hauptsächlich das Recht zur Mitwirkung bei Verfassungsänderungen, bei Ausschreibung neuer Umlagen, bei Auflösungsbeschlüssen, bei Aufnahme und Ausstoßung von Mitgliedern, ferner das Recht zur Bestätigung, unter Umständen selbst zur Ernennung und Absetzung der Korporationsbeamten.[2] In Bezug auf die Vermögensverwaltung macht sich eine bevormun-

---

Nutzungen den Gemeindegliedern oder Einwohnern vermöge dieser ihrer Eigenschaft zukommen. Dasselbe soll nur hinsichtlich der Verwaltung in Gemäßheit von L. R. II, 6 § 72, II, 8 § 160, unter den Regeln des Miteigenthums stehen; dagegen sollen die Einzelnen keine Auseinandersetzung fordern können, auch soll eine anderweite Abfindung für solche Nutzungsrechte der Gemeinde als solcher zufallen und nur die Nutzung derselben den Gemeindegliedern zukommen. 2) Dasjenige Vermögen, dessen Nutzungen aus einem anderen Rechtstitel als dem der Gemeindeangehörigkeit den Gemeindegliedern gebühren, unterliegt deren Verfügung völlig, so daß in Gemäßheit von § 17 der Gemeinheitstheilungsordnung die Auseinandersetzung Seitens der einzelnen Nutzungsberechtigten gefordert werden kann. Nunmehr bestimmt die Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 § 68: „Im Eigenthum der Landgemeinden stehen . . auch diejenigen Vermögensgegenstände, deren Nutzungen den Gemeindeangehörigen oder einzelnen derselben vermöge dieser ihrer Eigenschaft zukommen (Gemeindegliedervermögen, Allmenden, Gemeinheiten).

1) Nach L. R. II, 13 § 13 sind alle Gesellschaften und öffentlichen Anstalten der Aufsicht des Landesherrn unterworfen. Diese Aufsicht wird durch sehr verschiedene Behörden geübt. Die Geschäftsinstruktion vom 23. Oktober 1817 § 2 Ziff. 5 § 18 Buchst. g übertrug die Aufsicht über Stiftungsvermögen in Ermangelung anderer Bestimmung den Bezirksregierungen. Sie wird jetzt für Korporationen vom Regierungspräsidenten, für Stiftungen von der Abtheilung für Kirchen- und Schulwesen ausgeübt. Die Gerichtsbehörden, welche die Aufsicht über Stiftungen haben, sind nach § 29 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 die Amtsgerichte, doch kann der Justizminister auch Land- und Oberlandesgerichte mit der Aufsicht betrauen.

2) Vgl. L. R. II, 6 §§ 34. 35. 48. 63. 66. 160. 165. 172. 180. 186.

bende[3] Einwirkung geltend in der Nothwendigkeit der Zustimmung der vorgesetzten Behörde zur Verpfändung oder zur Veräußerung von Grundstücken,[4] [5] wie auch zu Anleihen, welche einen dauernden Schuldenstand begründen,[6] zuweilen selbst zur Anstellung von Prozessen.[7] [8]

Die Statuten der Stiftungen kann der Staat, soweit sie lückenhaft sind, ergänzen. Er kann sie, wenn sie Unmögliches oder Schädliches enthalten, durch andere Bestimmungen ersetzen.[9]

2. Die polizeilich beschränkende Einwirkung des Staates tritt insbesondere in den s. g. Amortisationsgesetzen hervor, welche dem Erwerb von Vermögen in der todten Hand Schranken setzen.[10] Diese Gesetze erfordern zum Erwerbe von Grundeigenthum — auch lästigem — und ohne Unterschied des Werthes für die Mehrzahl inländischer juristischer Personen die Genehmigung der vorgesetzten staatlichen Behörden, für ausländische juristische

---

3) Der Regel nach handeln die Aufsichtsbehörden nicht selbst statt der juristischen Personen in deren Vermögensangelegenheiten. Ausnahme im L. R. II, 6 § 111.

4) L. R. II, 6 § 83. Städteordnung von 1853 § 50 unter 1. Auch bedürfen die Städte Regierungsgenehmigung zur Veräußerung oder wesentlichen Veränderung von Sachen, welche einen besonderen wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwerth haben, unter 2 daselbst.

5) Nach L. R. II, 6 § 84 sollen die betreffenden ohne Einwilligung vollzogenen Handlungen nichtig sein. Diese Nichtigkeit ist jedoch nur als eine relative anzusehen, so daß die Bestimmungen von L. R. I, 5 §§ 10—14 analog eintreten, von denen weiter unten — § 71, § 74 — zu handeln ist.

6) Vgl. weiter L. R. II, 6 § 85. Städteordnung von 1853 § 50 unter 3.

7) So Landgemeinden nach Anhang § 4 zu A. G. O. I. 1 § 34, der aber für die Kreisordnungsprovinzen durch § 43 des Gesetzes vom 26. Juli 1876 aufgehoben ist. Kirchengemeinden, evangelische und katholische, bedürfen nach ausdrücklicher Bestimmung zur Anstellung von Prozessen keiner staatlichen Genehmigung. Gesetz vom 20. Juni 1875 § 51, Gesetz vom 3. Juni 1876 Art. 26 und vom 7. Juni 1876 § 3.

8) Das L. R. II, 11 § 161 bestimmte: Das Kirchenvermögen steht unter der Oberaufsicht und Direktion des Staates, dagegen lautete Art. 15 der Verfassungsurkunde vom 13. Januar 1850: Die evangelische und römisch-katholische Kirche, sowie jede andere Religionsgemeinschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig. Von der hierdurch gewährleisteten Selbständigkeit nahm die katholische, nicht aber die evangelische Kirche Besitz. In Folge der Streitigkeiten des Staates mit der katholischen Kirche wurde der mittels Gesetzes vom 5. April 1873 zunächst abgeänderte Art. 15 später mit Art. 16 und 18 der Verfassungsurkunde durch Gesetz vom 18. Juni 1875 aufgehoben. Die Rechte des Staates zur Aufsicht über die Vermögensverwaltung, insbesondere zur Genehmigung wichtigerer Akte wurden durch besondere Gesetze geregelt. Vgl. Gesetz vom 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden § 50 ff.; Gesetz vom 3. Juni 1876 Art. 24 betreffend die evangelische Kirchenverfassung, die Verordnung vom 9. September 1876, sowie das Gesetz über die Aufsichtsrechte des Staates bei der Vermögensverwaltung in den katholischen Diöcesen vom 7. Juni 1876, Verordnung vom 29. September 1876.

9) L. R. II, 19 § 32 ff. Doch kann der Belastete bei Stiftungen, welche noch nicht in das Leben gerufen sind, einwenden, daß die Stiftung in der von der Genehmigungsurkunde getroffenen Gestalt dem Willen des Stifters in wesentlichen Punkten nicht entspricht. R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 984.

10) Vgl. Verfassungsurkunde Art. 42 Abs. 2. Kahl die deutschen Amortisationsgesetze 1879. Meurer bei Stengel Wörterbuch Bd. 1 S. 30.

Personen aber die Genehmigung des Königs oder einer durch königliche Verordnung hierzu delegirten Behörde.[11] Ferner bedarf es der **landesherrlichen Genehmigung** für **Schenkungen** und für **letztwillige Zuwendungen**[12] zu Gunsten juristischer Personen mit folgender Maßgabe.[13] Schlechthin ist diese Genehmigung nur bei Vergabungen über 3000 Mark erforderlich; ohne Unterschied des Betrages ist sie aber dann nothwendig, wenn durch die Vergabung eine **neue** inländische juristische Person gestiftet oder wenn einer bereits vorhandenen inländischen Anstalt etwas zu einem anderen als dem bereits genehmigten Zwecke gewidmet werden soll.[14]

---

11) L. R. II, 6 § 83, II, 11 § 194, Gesetz vom 4. Mai 1846. Die Delegation durch königliche Verordnung gestattet das Gesetz vom 23. Februar 1870 § 4. Vgl. unten § 225 Anm. 10.

12) Zuerst Edikt über Vermächtnisse und Zuwendungen an „geistliche Stifter, Kirchen und pia corpora“ vom 12. Juni 1753 § 5 ff. und Deklaration vom 12. März 1754 (N. C. C. I, S. 505. 647). Hieran schlossen sich die Bestimmungen des Landrechtes in II, 11 § 197, welche sich gleichfalls nur auf Kirchen und fromme Stiftungen, nicht aber auf Schulen L. R. II, 12 § 58 und Armenanstalten II, 19 § 44 erstreckten. Das Gesetz vom 13. Mai 1833 mit den Nachträgen der Ordre vom 22. Mai 1836 und der Verordnung vom 21. Juli 1843 bezog sich dagegen auf juristische Personen schlechthin. Hierin folgt ihm das für den ganzen Umfang der preußischen Monarchie erlassene Gesetz vom 23. Februar 1870.

13) Nicht genehmigte Schenkungen sind nichtig. Außerdem sind die Vorsteher inländischer juristischer Personen, welche die Gaben in Empfang nehmen, ohne innerhalb der Zeit von 4 Wochen die Genehmigung nachzusuchen und diejenigen Personen, welche die Vergabungen in das Ausland ohne Genehmigung verabfolgen, mit Geldstrafe bis 900 Mark bedroht. Gesetz vom 23. Februar 1870 § 5.

14) Mehrere Schenkungen unter Lebenden, welche successive von demselben Geber an dieselbe juristische Person gemacht sind, sind natürlich gültig, wenn auch ihre Gesammtsumme 3000 Mark übersteigt, insofern nur die einzelne Schenkung unter diesem Betrage bleibt. Anders steht es mit mehreren von demselben Testator nach und nach gemachten Vermächtnissen zu Gunsten derselben Institution, da die sämmtlichen Vermächtnisse erst durch den Tod des Testators rechtsbeständig werden und als eine einzige Zuwendung anzusehen sind. Zuwendungen, die in fortwährend wiederkehrenden Beträgen bestehen, werden durch Multiplikation mit 20 berechnet, also zu 5 % angeschlagen. Mehrere Zuwendungen an verschiedene Institutionen fallen nicht unter das Verbot, ebensowenig mehrere Zuwendungen, welche mehrere Personen, und zwar Jeder für sich derselben Anstalt in einem Akte machen, z. B. Miterben, vorausgesetzt, daß die einzelne Zuwendung 3000 Mark nicht übersteigt. Mit Rücksicht auf die Theilbarkeit der Zuwendung von Summen könnte angenommen werden, daß eine Schenkung oder ein Vermächtniß größeren Betrages bis zu 3000 Mark unbedingt gültig und daß nur das Mehr von Ertheilung der Genehmigung abhängig sei. Jedoch macht das Gesetz die größeren Schenkungen auch bis zum Betrage von 3000 Mark von der königlichen Genehmigung abhängig, indem es diese für die Schenkung „ihrem vollen Betrage nach“ fordert. Gesetz vom 23. Febr. 1870 § 2, vgl. § 71 unten Anm. 12. Die landesherrliche Genehmigung kann auf einen Theil der Zuwendung beschränkt werden — § 3 Abs. 3 des Ges. vom 23. Febr. 1870 — natürlich nur unter der Voraussetzung, daß die Zuwendung nicht ihrem Zwecke nach als untheilbar erscheint, in welchem Falle theilweise Genehmigung völliger Versagung gleichstünde. In Folge der Genehmigung wird die Zuwendung rückwärts hin gültig, so daß die vom Tage der Schenkung oder bei letztwilligen Zuwendungen vom Tage des Todes des Erblassers an gezogenen Nutzungen an den Schenknehmer herauszugeben sind. Gesetz vom 23. Febr. 1870 § 3, siehe auch unten Bd. 3 § 100 Anm. 19. Zuwendungen, die zur unmittelbaren Verausgabung, z. B. Ver-

Diese Beschränkungen beziehen sich nicht auf Familienstiftungen und Familienfideikommisse.

Die Staatsverwaltung ist des Weiteren befugt, Mißbräuchen in der Verwaltung der Korporationen und öffentlichen Anstalten sowie Mängeln ihrer Verfassung entgegenzutreten. Es erstreckt sich dies Recht sogar bis zu einer Umgestaltung der juristischen Person (jus reformandi).[15] Gesetzliche Ordnungen können selbstverständlich nur durch Gesetz geändert werden.

§ 56. Endigung der juristischen Person.

1. Die juristische Persönlichkeit erlischt mit Wegfallen ihrer Grundlage. Insbesondere endigen Stiftungen, wenn deren Vermögen völlig verloren ist und auch die Quellen zu dessen Erneuerung völlig versiegen,[1] Korporationen, wenn keine Mitglieder mehr da sind.

Auflösungsbeschlüsse sind, selbst wenn sie einstimmig gefaßt wurden, nur gültig unter Staatsgenehmigung.[2]

2. Der Staat kann die juristische Persönlichkeit aufheben und zwar nicht nur im Wege der Gesetzgebung, sondern auch der Verwaltung, welche hierdurch feststellt, daß der ursprüngliche Zweck der Institution nicht mehr erreichbar, oder wegen Veränderung der Umstände nicht mehr mit dem Gemeinwohl

---

theilung an Arme, bestimmt sind, fallen nicht unter das Gesetz. Dies hatte § 6 des Gesetzes vom 13. Mai 1833 ausdrücklich bestimmt, ist aber der Natur der Sache und den Motiven des Regierungsentwurfes gemäß auch nach dem Gesetze vom 23. Febr. 1870 anzunehmen, trotzdem es diese Frage nicht erwähnt.

15) L. R. II, 6 § 191; vgl. oben bei Anm. 9.

1) Ueber den Untergang in Folge des Verlustes des Stiftungsvermögens vgl. Brinz 2. Aufl. Bd. 3 S. 584, welcher den Fortbestand annimmt, so lange noch Schulden, wenn auch keine Aktiven, da sind.

2) An sich wäre anzunehmen, daß die Korporation in Folge einstimmigen Auflösungsbeschlusses auch ohne Regierungsgenehmigung erlösche, da ein solcher Beschluß einem allgemeinen Austritte gleichsteht, welcher den Mitgliedern verstattet ist; dagegen freilich Savigny Bd. 2 S. 279, Puchta § 28. Nur insoweit der Staat ausnahmsweise — oben § 52 bei Anm. 12 — ein Zwangsrecht gegenüber den einzelnen Korporationsgenossen auf Verbleiben in der Korporation hat, wie z. B. bei Deichgenossenschaften oder Armenverbänden, wäre also staatliche Genehmigung des Auflösungsbeschlusses grundsätzlich zu erfordern. Das Landrecht jedoch verlangt II, 6 § 180 die Genehmigung des Staates zur Aufhebung der Korporation schlechtweg auch im Falle eines einstimmigen Auflösungsbeschlusses. Selbst die Staatsgenehmigung schadet aber Dritten nicht, wenn diese ein Recht haben, auf der Fortdauer der Korporation zu bestehen, L. R. II, 6 § 181. Dagegen bestimmt die deutsche Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 § 93 hinsichtlich der durch Mehrheitsbeschluß zulässigen Aufhebung der Innungen: der Beschluß bedürfe der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörden. Die Genehmigung wird ertheilt, wenn die Berichtigung der Schulden und die Erfüllung der sonstigen gesetzlichen Verpflichtungen sicher gestellt ist. Eingeschriebene Hülfskassen, — oben § 51 zu 3 a. E. — in Ansehung derer eine Beitragspflicht der Arbeiter nicht besteht, können nach § 28 des Reichsgesetzes vom 7. April 1876 durch Beschluß der Generalversammlung unter Zustimmung von mindestens vier Fünftheilen sämmtlicher vertretenen Stimmen aufgelöst werden.

verträglich ist.[3] Soweit jedoch die Gesetzgebung unmittelbar Korporationsrechte beigelegt oder besonders garantirt hat, bedarf es zu dessen Entziehung des Gesetzes.

Wem das Vermögen einer erloschenen juristischen Person zufällt,[4] richtet sich zunächst nach deren Verfassung, sodann nach gültigen Korporationsbeschlüssen. In Ermangelung solcher Bestimmungen fällt es als herrenlos an den Fiskus.[5] Doch bestehen öffentlichrechtliche Vorschriften über die Art, wie er dasselbe zu verwenden hat. In einigen Fällen soll eine Ueberweisung des Vermögens durch den Staat an andere, mit der untergegangenen verwandte oder ihr nahestehende, juristische Personen geschehen,[6] ferner sollen Stiftungsgelder, welche dem Staate nach dem Untergange einer juristischen Person anfallen, möglichst der Absicht des Stifters gemäß verwendet werden.[7] Auch bleiben im Fall der Endigung der Korporation nicht nur die Rechte der Mitglieder sowie Dritter am Korporationsgute unangetastet, vielmehr soll den

---

3) L. R. II, 6 §§ 189. 190, II, 6 § 24. Vgl. freilich das Reichsgesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876 § 29.

4) Trotz der Auflösung sind diejenigen Organe der Korporation, denen dies bisher oblag, noch gehalten, dieselbe bezüglich der Schulden zu vertreten. Striethorst Archiv Bd. 78 S. 70; unten § 268 Anm. 31.

5) L. R. II, 6 § 192 ff. Dernburg Pand. Bd. 1 § 64. Das Landrecht hebt nach seiner Art nur Einzelbestimmungen heraus; begreiflich sind aber die allgemeinen Grundsätze über die Succession des Fiskus in erblose Verlassenschaften auch hier anzuwenden. Daher kann der Fiskus auch entsagen oder unter Vorbehalt des Inventars antreten, so daß dessen Verpflichtung, die Schulden der erloschenen Korporation zu bezahlen, keineswegs so unbedingt ist, wie L. R. II, 6 § 201 ausspricht. Im Falle der Entsagung des Fiskus kann Konkurs eröffnet werden, wenn dies auch die Konkursordnung wegen Seltenheit der Fälle nicht besonders vorsieht, vgl. R. K. O. § 202 ff. Besondere Bestimmungen traf das Gesetz vom 31. Mai 1875 betreffend die geistlichen Orden § 4.

6) Vgl. L. R. II, 19 § 41, vgl. l. 16 D. de usu et usufructu 33, 2. l. 4 D. de adm. rerum ad civ. pertinent. 50,8; Hübler der Eigenthümer des Kirchengutes S. 133. Insbesondere bestimmt das Gesetz vom 13. Mai 1833, daß das Vermögen einer erloschenen Parochie, welches als herrenlos dem Landesherrn anheimfalle, zum Vortheile der Religionsgenossen in der Provinz verwendet werden, das vacant gewordene Kirchengebäude jedoch im Falle des Bedürfnisses anderen in demselben Orte wohnenden christlichen Religionsparteien zugewiesen werden solle. Hierdurch wird nicht etwa Anfall des Vermögens der erloschenen Parochie an die Glaubensgenossen von Rechtswegen vorgeschrieben, sondern nur eine Pflicht des Staates zu angemessener Ueberweisung begründet. Ebenso ist die Bestimmung der deutschen Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 § 94 — vgl. Preußische Gewerbeordnung von 1845 § 99 — aufzufassen, wonach das Vermögen einer aufgehobenen Innung der Gemeinde, welcher sie angehörte, zu gewerblichen Zwecken, und zwar unter Erhaltung der bisher öffentlichen Zwecken bestimmten Innungsanstalten zugewiesen wird. Auch hier tritt richtiger Ansicht nach das Recht der Gemeinde nicht von selbst, sondern erst in Folge einer Ueberweisung durch den Staat ein, wofür die Analogie des Verhältnisses der Parochien und der allgemeine Grundsatz des preußischen Rechtes spricht, daß erbloses Gut dem Fiskus anfällt.

7) L. R. II, 6 § 193. Geschieht dies nicht, so können der Stifter oder dessen Erben die Stiftungsgelder zurückfordern. L. R. II, 6 § 194. Dieselben Sätze gelten gemeinrechtlich, Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 14.

ehemaligen Mitgliedern aus dem zum Unterhalt der Mitglieder bestimmten Gesellschaftsvermögen lebenslängliche Verpflegung, wie sie dieselbe bisher genossen, zu Theil werden.[8]

B. Besondere Arten von juristischen Personen, Zwischenbildungen.

§ 57. Der Staat als juristische Person.

Der Staat steht den Unterthanen in zweifacher Art gegenüber. Er macht einestheils gegen sie Rechte geltend in Folge seiner Landeshoheit. Er verkehrt anderentheils mit ihnen als Vermögenssubjekt in seiner Eigenschaft als Fiskus oder Staatskasse. In der letzteren Eigenschaft unterliegt der Staat den Sätzen des Privatrechts.

In vielen Fällen ist unmittelbar klar, welcher Seite ein staatliches Rechtsverhältniß zugehört. So sind zweifellos Ansprüche des Staates aus Verträgen über Lieferungen oder Bauten, sowie wegen Erwerbes, Verkaufes oder Verpachtung von Domainen privatrechtlicher Natur.[1] Nicht selten jedoch wird es fraglich, ob ein Anspruch ein privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher ist. Beruht derselbe auf einem allgemein verbindlichen Gesetze, so ist er meist als öffentlicher zu betrachten; gründet er sich hingegen auf einen besonderen Rechtstitel, so gehört er der Regel nach zu den Ansprüchen der privatrechtlichen Klasse.[2]

Der preußische Fiskus verwaltet seine Angelegenheiten durch verschiedene Behörden und Kassen. Es fragt sich, ob er gleichwohl nur eine einzige juristische Person ausmache? Dies ist zu bejahen, da das Staatsgut einem einheitlichen, über dasselbe bestimmenden Willen untersteht, ohne daß die einzelnen Behörden selbständige Rechte an den ihrem Ressort überwiesenen Vermögen haben. Gleichwohl haben Dritte die Vertheilung der Geschäfte des Fiskus an verschiedene Behörden zu beachten.[3] [4] Insbesondere können

8) L. R. II, 6 §§ 198. 199. Der Vermögensbetrag, welcher von den Eintrittsgeldern oder außerordentlichen Beiträgen noch vorhandener Mitglieder herrührt, ist ihnen zurückzugeben, II, 6 §§ 196. 197. Auch nach § 94 der Gewerbeordnung können Innungsgenossen den Theil des Innungsvermögens bei der Auflösung unter sich vertheilen, welcher aus ihren Beiträgen entstand. Vgl. auch Gesetz vom 31. Mai 1875 § 4 Abs. 3.

1) Domainen oder Kammergüter sind nutzbare Grundstücke, Gefälle und Rechte, deren besonderes Eigenthum dem Staate zukommt, vgl. L. R. II, 14 § 11.

2) Privatrechtlichen Charakters sind hiernach auf besonderen Titeln, insbesondere Vertrag, Vermächtniß oder Verjährung beruhende Abgaben Einzelner, selbst wenn dieselben öffentlichen Zwecken, z. B. öffentlichen Schulen oder dem Wegebau bestimmt sind. Ueber die Ansprüche der Beamten auf Gehalt vgl. unten Bd. 2 § 198. — Siehe auch R. G. Bd. 25 S. 354.

3) Einem Kloster hatte ein Servitut gegenüber dem Militärfiskus zugestanden; das Kloster wurde sekularisirt und dem Domänenfiskus zugewiesen; dieser veranstaltete dessen Verkauf. Kann der Käufer die Grundgerechtigkeit, welcher dem Kloster zugehörte,

Klagen stets nur gegen diejenige fiskalische Behörde erhoben werden, welcher vom Fiskus die Vertretung des fraglichen Geschäftes überwiesen ist.[5]

Wenn schon der Fiskus in Rom den Regeln des Privatrechtes unterlag, so hatte er doch mancherlei Privilegien. Dieselben beruhten zum Theil darauf, daß man im älteren römischen Recht die Sonderung der privaten und der öffentlichen Persönlichkeit des Staates nicht gekannt hatte, und in Folge dessen die Rechte des Staates auch in seiner Eigenschaft als Vermögenssubjekt vielfach selbst später noch vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes aus behandelte. Das neuere Recht hat den Gedanken, daß der Staat als Vermögenssubjekt Privatperson sei, entschlossener durchgeführt und hiernach die dem Verkehr lästigen fiskalischen Privilegien der Mehrzahl nach beseitigt.[6] Privilegirt ist

---

noch geltend machen oder war dieselbe in Folge der Sekularisation mittels Konfusion untergegangen? Das Obertribunal hatte die Konfusion verneint, da es den einzelnen fiskalischen Stationen besondere juristische Persönlichkeit zuschrieb. Durch Plenarbeschluß vom 21. October 1850, Entsch. Bd. 20 S. 19 ff., Präj. 2242 entschied sich dieses Gericht hingegen für die Einheit der Person des Fiskus. So faßten auch die Römer die Sache l. 2 C. de solutionibus 8, 43; l. 1 C. de compensationibus 4, 31, Dernburg Compensation S. 527. Nicht anders ist es in Preußen, wenn auch in der Verwaltung die Trennung der verschiedenen Ressorts und Kassen noch schärfer durchgeführt ist, als bei den Römern. So auch R. G. Bd. 2 S. 392. Lediglich daraus, daß den verschiedenen fiskalischen Stationen ein bestimmter Kreis von Angelegenheiten überwiesen ist, wonach sich Dritte zu achten haben, ergiebt sich die Ausschließung einer Kompensation mit solchen Gegenforderungen, welche nach der Kasseneinrichtung nicht aus demselben Kassenfonds zahlbar sind; L. R. I, 16 § 369. Vgl. die Mittheilungen in v. Kamptz Jahrb. Bd. 52 S. 21. 72 ff., wonach die Redaktoren des Landrechts die Begründung der gedachten Ausschließung durch das Generaldirektorium der Finanzen, weil jede Kasse eine für sich bestehende moralische Person ausmache", keineswegs theilten. Natürlich kann aber der Staat einzelnen Fiskalkassen durch besondere Bestimmung selbständige Persönlichkeit verleihen. Dies ist z. B. der Fall bei der Seehandlung, welche nach dem Gesetze vom 17. Januar 1820 „mit ihren bereits vorhandenen oder künftig zu errichtenden Komtoirs ein für sich bestehendes Geld- und Handlungsinstitut des Staates bildet".

4) Auf Grund der Einheit der Persönlichkeit des Fiskus hat seiner Zeit das Kammergericht eine mit Genehmigung des Finanzministeriums angestellte Klage einer Bezirksregierung gegen das Generalpostamt zu Berlin wegen Erstattung einer von ihr der Post anvertrauten, aber in Defekt gekommenen Summe zurückgewiesen, womit sich das Justizministerium seinerseits einverstanden erklärte. Nachdem die Verwaltung der Post auf das Reich übergegangen ist, stünde der Klage einer preußischen Behörde gegen den Postfiskus aber kein formelles Hinderniß mehr im Wege.

5) Vgl. Fritze Zusammenstellung der Behörden, welche den preußischen Fiskus und den deutschen Reichsfiskus im Processe zu vertreten befugt sind, 1891. Ueber die wenig durchsichtigen Bestimmungen bezüglich Berlins vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 1028. — Die bloße Uebertragung der Verwaltung von fiskalischen Grundstücken an eine Behörde, z. B. an eine Oberpostdirektion, schließt das Recht der Veräußerung nicht in sich, Entsch. des Kammergerichts Bd. 2. S. 97.

6) Hiermit steht im Einklang, daß ein Rechtssatz: in dubio contra fiscum sowenig wie der entgegengesetzte Satz, im preußischen Rechte nirgends ausgesprochen ist. — Die Bestimmung der l. 17 § 5 D. de usuris 22, 1: fiscus ex suis contractibus usuras non dat., sed ipse accipit fand zwar keine Aufnahme im Landrechte, wurde aber durch K. O. vom 28. Oktober 1799 in der doppelten Richtung hergestellt, daß der Fiskus für

der Fiskus nach preußischem Recht hauptsächlich noch durch eine längere Verjährungszeit, nämlich von 44 Jahren,[7] und durch einen Pfandrechtstitel,[8] nach Reichsrecht auch durch ein Vorzugsrecht wegen öffentlicher Abgaben im Konkurse des Abgabenpflichtigen.[9] [10]

Nach römischem Recht nahm und gab der Fiskus nur Recht vor seinen eigenen Beamten — heutzutage untersteht der Fiskus den gewöhnlichen Gerichten und unterliegt sogar der Zwangsvollstreckung.[11] Immerhin hat der Fiskus bei gewissen Forderungen das Recht, vorläufige Vollstreckbarkeit anzuordnen.[12]

Die Errichtung des deutschen Reiches hatte die Bildung eines besonderen Vermögens für dessen Zwecke zur Folge.[13] [14] Als Inhaber desselben sind nicht

---

seine Forderungen auch ohne Stipulation Zinsen fordern könne, seinerseits aber wegen seiner Schulden keine gesetzlichen, sondern nur vertragsmäßige Zinsen leisten müsse. Um die Wiederausmerzung dieser Privilegien drehte sich andauernder Streit. Das erste Privilegium nahm der Anhang § 26 zum L. R. I, 11 § 827, welcher jene Kabinetsordre wiedergab, nicht auf und stellte es dadurch in Frage, bis es das Gesetz vom 7. Juli 1833 ausdrücklich beseitigte. Die Befreiung des Fiskus von Zahlung gesetzlicher Zinsen in Fällen, in welchen Private dieser Pflicht unterliegen, hob dieses Gesetz gleichfalls auf mit Ausnahme der Verzögerungszinsen, welche erst von rechtskräftiger Verurtheilung des Fiskus an laufen sollen. Endlich beschränkte aber das Gesetz vom 7. März 1845 auch diesen Rest des Privilegiums auf die Zeit eines Krieges, so daß es sich nur für einen praktisch unerheblichen Fall erhalten hat.

7) L. R. I, 9 § 629 ff.

8) Unten § 320 zu 1.

9) Reichskonkursordnung § 54. Vgl. unten Bd. 2 § 123 zu 2. Fiskalische Geldstrafen geben wie andere Strafforderungen nicht das Recht eines Konkursgläubigers, vgl. unten Bd. 2 § 121.

10) Hat der Fiskus processuale Kautionen zu stellen? insbesondere in Fällen der R. C. P. O. § 650 und § 652 Abs. 2. Die C. P. O. bestimmt hierüber nichts. Dennoch ist hiervon abzusehen. Seligsohn bei Gruchot Bd. 34 S. 328.

11) L. R. II, 14 § 81 ff., A. G. O. I, 35 § 33, vgl. aber oben § 54 Anm. 10.

12) So falls Domanialabgaben im Rückstande sind. Auch bei Vertragsforderungen kann der Fiskus, falls von der Erfüllung die Erreichung bestätigter Etats abhängt, nach summarischer Vernehmung ein Liquidum feststellen und vorläufig beitreiben, er kann seine Pächter exmittiren lassen u. s. f. Verordnung vom 26. December 1808 §§ 42. 48; K. O. vom 31. December 1825 unter XII. Nach dem Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 unter 4 bleibt die Befugniß zu solchen einstweiligen Verfügungen unberührt, die Vollstreckung hat durch die Vollstreckungsbeamten zu geschehen.

13) Laband bei Stengel W. Bd. 2 S. 363. Insbesondere erkennt das Reichsgesetz vom 25. Mai 1873, über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände, Eigenthum des Reiches als solchen an. Es entsteht die Frage, welchem Rechte das Reich unterliegt? Da der Sitz des Reiches, wenn auch nicht verfassungsmäßig, doch thatsächlich Berlin ist, so hat es dort sein Quasidomicil. Es untersteht daher das Reich der Regel nach den Rechtsgrundsätzen des in Berlin geltenden preußischen Landrechts, beziehungsweise, insoweit dasselbe in Betracht kommen könnte, des märkischen Provinzialrechts. Bezüglich der ihm zugehörigen Sachen entscheidet der Ort ihrer Lage, vgl. cit. Reichsgesetz § 3.

14) Die Rechte des Reiches an den dem dienstlichen Gebrauch einer verfassungsmäßig aus Reichsmitteln zu erhaltenden Verwaltung gewidmeten Gegenständen, welche früher den einzelnen Bundesstaaten gehörten, hat das Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 näher bestimmt. Auf das Reich ist hiernach Eigenthum und sind die dinglichen Rechte

etwa die einzelnen verbündeten Staaten — nach Analogie der societas — zu betrachten, vielmehr ist dasselbe der einheitlichen Staatspersönlichkeit des Bundes zugehörig.[15] Vertreter des Reiches nach Außen, auch bezüglich seines Vermögens ist der Kaiser und in seinem Auftrage der Reichskanzler. Andere Beamten können vom Kaiser zu Stellvertretern des Kanzlers ernannt werden.[16][17] Fraglich erscheint, ob der Reichsfiskus auch die besonderen Privilegien des preußischen Fiskus, z. B. hinsichtlich der Verjährung oder des gesetzlichen Pfandrechtstitels, in Anspruch nehmen kann, da es sich bei denselben um Sonderrechte handelt, welche dem preußischen Fiskus als solchem zugetheilt sind und deren analoge Ausdehnung unstatthaft ist. In der That aber ist das Reich für bestimmte Zweige der Staatsverwaltung an die Stelle des preußischen Staates getreten, der Reichsfiskus daher einheimischer Fiskus.[18]

§ 58. Juristische Persönlichkeit zum Zwecke des Geschäftsbetriebes.

Nach deutscher Auffassung, welcher das preußische Recht folgt, enthält das Rechtsverhältniß des Miteigenthums ein korporatives Element, da

---

der Einzelstaaten an den seinem ausschließlichen unmittelbaren Dienst gewidmeten Gegenständen übergegangen. Der Auflassung bedurfte es nicht, vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. 1 S. 138 Anm. 4. Für Erträgnisse, welche die Einzelstaaten bisher neben dem Dienstgebrauch zogen, ist ihnen eine feste Rente zu gewähren. Das Reich ist zur Veräußerung von so erworbenen Grundstücken nur befugt, um andere Grundstücke zu den Zwecken der Reichsverwaltung im Gebiete desselben Bundesstaates zu erwerben. Ist für ein entbehrlich oder unbrauchbar gewordenes Grundstück ein Ersatz nicht nothwendig, so ist dasselbe unentgeltlich in seinem derzeitigen Zustande ohne Ersatzleistung für Verbesserungen oder Verschlimmerungen an den Bundesstaat zurückzugeben, von dem es auf das Reich überging. Citirtes Gesetz § 6, vgl. auch § 7.

15) Auch der Reichsfiskus ist ein einheitlicher, obgleich man von „Postfiskus“, „Eisenbahnfiskus“ zu sprechen pflegt, R. G. Bd. 21 S. 57.

16) Reichsgesetz vom 17. März 1878. Laband bei Stengel W. Bd. 2 S. 364.

17) Zweifelhaft ist, inwieweit der Militärfiskus Reichsfiskus oder Landesfiskus ist. Weinrich rechtl. Stellung des Militärfiskus bei Gruchot Bd. 33 S. 161.

18) Dies wird ganz klar durch folgende Betrachtung. Es war nicht zweifelhaft, daß bei Abtretung gewisser Theile des preußischen Staates, z. B. an Baiern, an Hannover, diese Staaten als heimische Fisci die Privilegien, welche im Landrecht zunächst zu Gunsten des preußischen Fiskus gegeben waren, in Anspruch nehmen konnten. Was aber so bei Abtretung der gesammten Souveränetät gilt, muß auch bei theilweiser Entäußerung derselben an ein neues Staatswesen eintreten. Es versteht sich übrigens von selbst, daß auch nichtpreußische Stationen des Reichsfiskus die gleichen fiskalischen Vorrechte wie die in Preußen selbst belegenen haben, da der Reichsfiskus eine einheitliche Persönlichkeit ist. Die Nichtberechtigung des Reichsfiskus, jene Privilegien in Anspruch zu nehmen, behauptete Förster, gegen ihn aber siehe Eccius Bd. 4 § 283 Anm. 24. Für die von uns vertheidigte Ansicht erklärte sich auch O. Trib. Entsch. Bd. 70 S. 217, gestützt auf den Bundescharakter des deutschen Reiches. Mit der fortschreitenden Unifikation des deutschen Rechtes verliert die Streitfrage an Bedeutung. So für die Konkursprivilegien und die Prozeßfristen seit dem Inkrafttreten der deutschen Prozeßgesetze. Bezüglich der Befreiung der Grundstücke des Reiches von Steuern hat das Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 § 1 Bestimmung getroffen. Vgl. Reincke Betrachtungen über Entstehung und Rechtsstellung des deutschen Reichsfiskus bei Gruchot Bd. 23 S. 481.

bei demselben ein Gesammtwille festgestellt und Einstimmigkeit der Genossen nicht gefordert wird.[1] Dies genügt indessen noch nicht zur Annahme einer juristischen Persönlichkeit.

Noch zur Zeit des Landrechts wurden die Vermögen der Handelsgesellschaften, der zum Zwecke des Bergbaues begründeten Gewerkschaften und sonstiger Genossenschaften nach den Grundsätzen des gemeinschaftlichen Eigenthums behandelt, welche freilich nicht diejenigen des römischen Miteigenthums waren. In neuerer Zeit jedoch wurde die Selbständigkeit des gemeinschaftlichen Vermögens bei zahlreichen Genossenschaften, welche dem Zwecke des Handels, des Gewerbes oder auch der Landkultur dienen, im Interesse eines bequemen Geschäftsganges der Art durch die Gesetzgebung gefördert, daß sie sich juristischen Personen mehr oder weniger nähern. Zunächst wurden Rechte der juristischen Personen den Aktiengesellschaften, welche sich immer mehr zu einem Institute des gemeinen Rechtes ausbildeten, dann den Aktienkommanditgesellschaften zugetheilt;[2] nicht minder durch das Berggesetz den bergmännischen Gewerkschaften neuer Verfassung verliehen.[3] Das Handelsgesetzbuch ertheilte sämmtlichen Handelsgesellschaften,[4] das Genossenschaftsgesetz den eingetragenen Genossenschaften mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken,[5] ähnliche Rechte. Auch Waldgenossenschaften und Wassergenossenschaften haben dieselben erhalten.[6] [7]

Diese Gesellschaften haben Rechte juristischer Persönlichkeit vorzüglich in der Weise, daß sie auf ihren Namen erwerben, sowie als Gesammtheit klagen und beklagt werden können. Bei einigen dieser Gesellschaften, insbesondere den Aktiengesellschaften und Gewerkschaften, ist von der juristischen Person noch weiter das entlehnt, daß die Mitglieder wegen der Schulden der Gesammtheit nicht persönlich belangt werden können. Immerhin besteht für die genannten Gesellschaftsarten der Unterschied von den Korporationen, daß sie nicht nothwendig dauernde, gemeinnützige Zwecke erstreben,[8] daß es sich vielmehr häufig

1) Unten § 223 Anm. 1. 2) Vgl. unten Bd. 2 § 225 ff.

3) Vgl. unten § 268 ff. Berggesetz vom 24. Juni 1865 §§ 96. 99.

4) Insbesondere bestimmt Art. 23 des preußischen Einführungsgesetzes vom 24. Juni 1861 zum H. G. B., daß Grundstücke, Hypotheken u. s. f., welche einer Handelsgesellschaft gehören, auf deren Namen ins Hypothekenbuch einzutragen sind.

5) Reichsgesetz vom 1. Mai 1889, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften § 17. Es gehören hier Vorschuß-, Rohstoff- und Magazinvereine, Konsumvereine, Produktivgenossenschaften u. s. f., unten Bd. 2 § 215.

6) Gesetz betr. Bildung von Waldgenossenschaften vom 6. Juli 1875, von Wassergenossenschaften vom 1. April 1779.

7) Rosin die Lehre von der öffentlichen Genossenschaft 1886.

8) Oben § 50 zu 2.

um vorübergehende, jedenfalls aber um private Bestrebungen der Betheiligten handelt. Die Personifikation der Gesammtheit ist daher nur eine begrenzte; die individuellen Rechte der Gesellschafter an dem Gemeinvermögen bilden den materiellen Schwerpunkt des Verhältnisses. Die Theorie der juristischen Personen, insbesondere das Korporationsrecht des Landrechts ist demgemäß auf diese modernen Verhältnisse nicht unbedingt anzuwenden. Um deswillen war es auch nicht unzweckmäßig, daß die moderne Wissenschaft und Gesetzgebung diese Verbindungen durch besonderen Namen als Genossenschaften auszeichnete.[9]

§ 59. Korporative Gesellschaften.[1]

Verbindungen, welche auf die Dauer angelegt, eine korporative Gestaltung annehmen und korporative Zwecke verfolgen, ohne doch staatlich als juristische Personen anerkannt zu sein, bezeichnet das Landrecht als Privatgesellschaften.[2] Wir nennen sie korporative Gesellschaften. Nach den Grundsätzen des Landrechts haben sie, sofern sie erlaubt sind, die inneren Rechte der Korporationen, offenbar weil die Mitglieder den korporativen Zweck wollen und sich ihm unterwerfen. Sie entbehren aber nach Außen hin der Korporationsrechte, weil solche gegenüber Dritten nur durch die staatliche Anerkennung erworben werden.[3]

Das Landrecht denkt bei diesen Privatgesellschaften nur an solche, die andere Zwecke als Erwerb verfolgen, z. B. an geduldete Religionsgesellschaften,[4] sowie an Gesellschaften zu Zwecken der Kunst, Wissenschaft, Erholung. Derzeit giebt es aber auch solche Erwerbsgesellschaften, welche der Art einen korporativen Charakter annehmen, daß sie in die Reihe der korporativen Gesellschaften treten. Dahin gehören Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit und nicht eingetragene[5] wirthschaftliche Genossenschaften.[6]

---

9) Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 158 ff.; oben Anm. 6.

1) Rosin zur Lehre von der Korporation bei Gruchot Bd. 27 S. 108, Bd. 31 S. 753. Gierke Genossenschaftstheorie S. 106, Eccius Bd. 4 § 281.

2) Oben § 58 bei Anm. 8. L. R, II, 6 § 11 ff.

3) L. R. II, 6 §§ 13. 14. Unerlaubte Gesellschaften haben weder nach Innen noch nach Außen korporative Rechte. Die Mitglieder sind wegen der zu den Zwecken der Gesellschaft vorgenommenen Handlungen schadensersatzpflichtig, L. R. II, 6 §§ 6 und 7.

4) Oben § 51 zu 2 a. E.

5) Gruchot Bd. 35 S. 438.

6) Das L. R. handelt I, 17 von Gesellschaften mit Vermögenszwecken ohne korporative Gestalt, und II, 6 von Gesellschaften ohne Vermögenszwecke mit korporativer Gestalt. Dieser Gegensatz war seiner Zeit wohl im Wesentlichen erschöpfend. Die der Neuzeit angehörige Ausbildung großer Gesellschaften wirthschaftlichen Charakters korporativer Art, insbesondere nichteingetragener wirthschaftlicher Genossenschaften, z. B. von Vorschußvereinen, Konsumvereinen, ferner von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit regte die Frage an, was für diese Art von Gesellschaften das entscheidende sei, der nichtvermögensrechtliche Zweck oder die korporative Gestaltung. Aeltere Schriftsteller legten das Hauptgewicht auf den Gegensatz gegen die vermögensrechtlichen Gesellschaften.

Korporative Gesellschaften haben eine Korporationsverfassung. Ihr Vermögen steht zwar im Miteigenthum der Gesellschafter, welche als die Berechtigten gelten. Aber dies Miteigenthum besteht nicht in bestimmten Quoten. Die Mitglieder können daher auch nicht Theilung fordern, oder bei ihrem Austritt einen Theil des Gesellschaftsvermögens beanspruchen.[7] Neu eintretende Mitglieder werden in demselben Sinne Miteigenthümer. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft aber zerfällt das Gesellschaftsvermögen unter die Mitglieder, und zwar in der Regel zu gleichen Theilen.

Wegen Mangels der äußeren Korporationsrechte können diese Gesellschaften auf ihren Namen kein Eigenthum erwerben, nichts auf denselben im Grundbuche eintragen lassen, keine Forderungen erlangen, keine Verpflichtungen eingehen.[8] Nach Außen hin verkehren sie daher nicht selten so, daß ein Einzelner formell in eigenem Namen, aber zu den Zwecken und auf Rechnung der Gesellschaft Eigenthum oder Forderungen erwirbt und Verbindlichkeiten eingeht. Häufig treten für sie Repräsentanten, insbesondere die Vorstände auf. Sie bedürfen einer Vollmacht aller Mitglieder, und zwar einer Specialvollmacht, wo das Gesetz solche allgemein zur Vertretung verlangt. Sehr zweifelhaft ist, wie die solcher Gestalt für die Gesellschaft übernommenen Verpflichtungen zur Geltung zu bringen sind. Man muß vor Allem annehmen, daß die von den Organen der Gesellschaft nach Maßgabe ihrer Vollmacht zu Gesellschaftszwecken übernommenen Verpflichtungen das Gesellschaftsvermögen belasten, so daß sie gegen die jeweiligen Vorstände bis auf den Betrag, den diese von Gesellschaftsvermögen hinter sich haben, einklagbar sind.[9] [10] Subsidiär haben die Personen, welche zur Zeit der

Man wird sich indessen der durchgreifenden Ansicht des Textes, wie sie neuerlich besonders Rosin a. a. O. Bd. 27 S. 141 ff., Bd. 31 S. 759 vertheidigt, unten Bd. 2 § 214 Anm. 3, anzuschließen haben, dagegen jedoch R. G. Bd. 16 S. 189. Eccius Bd. 4 § 282 betrachtet als hierhergehörend auch Erwerbsgesellschaften, welche andere Zwecke verfolgen, als bloß unter die Mitglieder zu vertheilenden Erwerb.

7) L. R. II, 6 § 15.

8) L. R. II, 6 § 13. Ist trotzdem eine Klage im Namen „des Vereins" und gegen „den Verein" zulässig? Das R. G. hat mehrfach, z. B. Bd. 4 S. 155 die selbständige Prozeßfähigkeit von Privatvereinen, welche der Korporationsrechte entbehren, für das gemeine Recht anerkannt. Es steht nach preußischem Rechte nichts im Wege, dieselbe auch in dessen Bereich zur Geltung zu bringen. So Rosin a. a. O. S. 130, R. G. Bd. 27 S. 183 bezüglich des „Vereins der Berliner Gastwirthe", R. C. P. O. § 19 läßt die Frage offen. Die Bestellung von Prozeßbevollmächtigten betrachtet R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 964 als eine innere Angelegenheit der Gesellschaft, die nach Maßgabe ihres Statuts geschehen kann. — Es kommt vor, daß Gesellschaften das Recht zum Erwerb von Grundeigenthum staatlich verliehen ist, ohne daß sie im Uebrigen Korporationsrechte erhalten, Johow Jahrb. Bd. 8 S. 146.

9) Rosin bei Gruchot Bd. 27 S. 130, Gierke a. a. O. S. 130 sprechen der „Gesellschaft" auch die Erbfähigkeit zu, dagegen ist Eccius Bd. 4 § 281 Anm. 24.

10) L. R. II, 6 § 12 spricht bezüglich der Mitglieder von Privatgesellschaften aus, „bei Handlungen, woraus Rechte und Verbindlichkeiten gegen Andere entstehen, werden

Eingehung der Schuld Gesellschaftsmitglieder waren und Vollmacht ausstellten, solidarisch zu haften. Das Obertribunal hat jedoch bloß getheilte Haftung der Mitglieder angenommen.[11]

Drittes Kapitel.

Von den Rechtsobjekten.

§ 60. Von den Sachen. Der Inbegriff.

Unter Sachen sind gemäß deutscher Rechtsauffassung zu verstehen die wirthschaftlichen Güter, mit denen das Recht zu thun hat. Es gehören dahin nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch Rechte.[1] [2]

Was Verkehr und Recht als besonderes Objekt behandelt, gilt als selbständige Sache. Solcher Art ist das „Grundstück", welches im Grundbuch als einheitliches Objekt eingetragen ist, selbst dann, wenn es aus räumlich getrennten Flächenabschnitten besteht.

Eine Gesammtsache bildet eine Mehrheit sowohl von körperlichen Objekten, welche der Verkehr als Einheit auffaßt, z. B. das lebende Inventar eines Landgutes, eine Bibliothek, ein Waarenmagazin, die Ladung eines Seeschiffes, als auch von Rechten, z. B. die Erbschaft eines Verstorbenen, das Sondergut einer Ehefrau, ein Handelsgeschäft, das Seevermögen eines Rheders, d. h. das Seeschiff nebst Zubehör und den Frachtansprüchen einer bestimmten Reise. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sprechen von Sachgesammtheiten und von Rechtsgesammtheiten,[3] das preußische Recht von einem Inbegriff.[4] Die römische Rechtsbetrachtung betonte mehr die Selbständigkeit der

---

sie als Theilnehmer eines gemeinsamen Rechtes oder einer gemeinsamen Verbindlichkeit betrachtet." Diese wenig durchsichtige Bestimmung erklärt man wohl am richtigsten der Art, daß man hierin die Verpflichtung ausgedrückt findet, den Lasten des Gesellschaftsvermögens, entsprechend L. R. I, 2 § 36, aus dem Gesellschaftsvermögen gerecht zu werden. Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 318, vgl. namentlich Rosin a. a. O. S. 137.

11) Insbesondere Entsch. Bd. 20 S. 328, Präj. n. 2268. Wir folgen den Ausführungen von Rosin a. a. O. S. 137. Anders Eccius a. a. O.

1) Nach L. R. I, 2 § 1 und 2 sind Sachen die Rechtsobjekte, insbesondere „auch Handlungen und Rechte". In einem engeren Sinne soll nach L. R. I, 2 § 3 Sache sein, was Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann. Nicht selten wird übrigens vom Landrechte Sache und Recht nebeneinandergestellt, z. B. Einl. § 108. I, 7 §§ 3. 4. I, 19 § 1, wo dann Sache für körperliche Sache steht. — Vgl. unten § 215, Bd. 2 § 308, R. G. im J. M. Bl. 1887 S. 54.

2) Ueber Forderungen vgl. unten Bd. 2 § 11 a. E.

3) Nach einem romanistischen Sprachgebrauch universitas facti oder juris.

4) L. R. I, 2 § 32 ff. Gegen Försters Ansicht, daß der Begriff der universitas juris auch nach preußischem Rechte „entbehrlich sei", siehe Eccius bei Förster Bd. 1 § 21 Anm. 4. — Eine Zahl von Individuen, die zum Gegenstande eines Geschäftes gemacht

Einzelbestandtheile als die Einheit, zu der sich dieselben zusammenfügten.[5] Daher war in Rom Uebertragung der Gesammtheit als Einheit unter Lebenden für die Regel nicht möglich; die bezüglichen Schulden ferner belasteten nicht die Gesammtheit als solche; der Gedanke endlich lag fern, ihr einen besonderen Sitz zuzuschreiben. Das deutsche Recht dagegen, mehr den wirthschaftlichen Zweck würdigend, verfolgt das Bestreben, derartige Gesammtheiten als Einheit zu behandeln; doch ist dasselbe bei verschiedenen Arten bald mehr bald weniger stark ausgeprägt.[6]

So haben dieselben zum Theil ihren besonderen ideellen Sitz, welcher auch einen Gerichtsstand begründen kann. Ihn hat die Erbschaft im letzten Wohnsitz des Erblassers,[7] das Erwerbsgeschäft am Orte der Niederlassung, von welchem aus regelmäßig die bezüglichen Geschäfte geschlossen werden;[8] das Seeschiff mit dem Seevermögen im Heimatshafen, von welchem aus mit dem Schiffe die Seefahrt betrieben werden soll.[9] In mehreren Fällen ferner wird der Schuldner wegen der für die Gesammtheit eingegangenen Verpflichtungen nur mit den dieser zugehörigen Objekten verhaftet, so der Rheder mit dem Seevermögen, die Ladungsinteressenten — Befrachter, Ablader, Empfänger — mit der Ladung.[10] Endlich ist die Veräußerung mehrerer Rechtsgesammtheiten als Einheit mit Schulden und Lasten anerkannt. Zwar bleibt der Veräußerer seinen Gläubigern gegenüber gebunden, da er diesen ohne deren Zustimmung ihre Rechte nicht entziehen kann, aber auch der Erwerber tritt in die Verpflichtungen ein, welche auf dem Vermögen lasten, mindestens insoweit, als die Aktiva im Augenblicke der Uebertragung zur Befriedigung der Schulden zureichen.[11] So ist es namentlich

---

wird, z. B. zehn Pferde, bildet um deswillen noch nicht einen Inbegriff. R. O. H. G. Bd. 9 S. 112. 5) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 68.

6) Selbstverständlich macht die thatsächliche Einverleibung von Sachen, welche Dritten gehören, in einen Inbegriff, z. B. in eine Heerde, oder ein Waarenlager, diese Stücke rechtlich nicht zu deren Bestandtheilen. L. R. I, 2 § 39. Doch kann diese Folge im Falle der Unmöglichkeit einer Absonderung eintreten. Striethorst Archiv Bd. 79 S. 65, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 891. 7) R. C. P. O. § 28.

8) H. G. B. Art. 19. Bei Betrieb eines Handelsgeschäfts ist die Niederlassung der Ort, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen den Ausgang nimmt. Eine Zweigniederlassung liegt vor, wenn ein Vermögen zu besonderem, jedoch von der Hauptniederlassung abhängigem Betriebe des Handelsgewerbes gewidmet ist, unten Bd. 2 § 217 Anm. 20. 9) H. G. B. Art. 435. 455.

10) Ehrenberg beschränkte Haftung des Schuldners, 1880.

11) Diesen wichtigsten Grundsatz spricht aus L. R. I, 2 § 36 in folgender Weise: „an den Befugnissen und Lasten eines Inbegriffs nehmen alle einzelnen darunter begriffenen und demselben in der Folge zuwachsende oder einverleibte Stücke Theil." Zu den Lasten gehören die Schulden. Dagegen Eccius Bd. 1 S. 107 in der 6. Auflage. Die öfter hiergegen angeführten Bestimmungen von L. R. I, 5 § 75, wonach ein Dritter aus einem Vertrage zu seinem Vortheil diesen erst durch seinen Beitritt erwirbt, sind hier, wo der Vortheil des Gläubigers Folge der Uebertragung, nicht ein besonderes Geschäft ist, völlig unanwendbar, unten Bd. 2 § 18 zu 4. Das unten § 287 Abs. 2 Bemerkte

bei Verkauf einer Erbschaft Seitens des Erben,[12] sowie bei der Abtretung eines Gesammtvermögens gegen eine Leibrente.[13] Auf demselben Gedanken beruht die Zulässigkeit der Veräußerung eines Handelsgeschäftes mit dazu gehöriger Firma nach Handelsrecht, in Folge deren der Erwerber diejenigen Schulden zu entrichten hat, welche zu dem Geschäfte gehören, während freilich der Veräußerer an sich nicht frei von denjenigen Geschäftsschulden wird, die er eingegangen hat.[14]

§ 61. Substanz.

Die **Substanz** einer Sache bilden ihre Bestandtheile, welche sie in **ihrer Eigenart** herstellen, sie nach ihrer **wirthschaftlichen Bestimmung** oder nach **ihrer historischen Erscheinung** kennzeichnen und ihr dauernd zugehören. Es ist also Substanz, was das Wesen der Sache bildet, im Gegensatze zu dem, was sie nur weiter vervollständigt, oder gar bloß vorübergehende oder mehr zufällige Zuthat ist.[1] Beispielsweise gehören die Mauern, Treppen, Thüren, das Dach zur Substanz eines Hauses, Mühlräder und Flügel zur Substanz einer Mühle, unentbehrliche, insbesondere eingemauerte Maschinen zur Substanz einer Fabrik;[2] Bäume, soweit sie nicht nach forstmännischen Regeln schlagbar sind, zur Substanz eines Waldes. Nach historischen Kriterien ferner gelten als Substanz eines Landgutes, z. B. eines Rittergutes diejenigen Flächen, welche dasselbe seit Alters ausmachten, im Gegensatze gegen spätere Landerwebungen,[3] denn an jene Bestandtheile waren seit Alters Namen und Rechte des Gutes geknüpft.[4]

---

gilt auch hier. — Ueber die Selbständigkeit des Einzelvermögens gegenüber dessen Theilen vgl. Entsch. d. Kammergerichts Bd. 11 S. 131.

12) L. R. I, 11 § 463 ff., unten Bd. 3 § 234. Beim Verkauf eines „Vermögens" wird eine Universalsuccession nicht angenommen, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 894, unten Bd. 2 § 65 bei Anm. 8 u. 13.

13) L. R. I, 11 § 646 Anh. § 19. Präj. des O. Trib. n. 1002, vgl. unten Bd. 2 § 65.

14) Siehe unten Bd. 2 § 65.

1) Vgl. L. R. I, 2 §§ 4 und 5.

2) R. G. Bd. 2 S. 251, Bd. 26 S. 343. Hiernach nahm das R. G. an, daß beim Verkauf eines Fabrikgrundstückes mit Maschinen für einen Gesammtpreis der Immobiliarstempel vom vollen Preis zu berechnen sei, und nicht, wie der Käufer beanspruchte, von dem dem Werthe der Maschinen entsprechenden Theile des Preises der Mobiliarstempel. — Das Rohrnetz einer Gasanstalt ist als Bestandtheil derselben zu erachten, auch wenn es durch fremden Boden gelegt ist, vgl. R. G. in Brasserts Zeitschrift Bd. 27 S. 100. — Maschinen, eingelassene Badewannen sind Bestandtheile einer Fabrik, Badeanstalt. — Ueber Gebäude siehe unten § 63 Anm. 3.

3) Gegenstände, welche durch natürliche Ereignisse, Alluvionen und dergleichen zum Grundstücke hinzukommen und die Fläche vergrößern, treten zur Substanz, vgl. L. R. I, 18 § 32. Das L. R. definirt An= und Zuwüchse, deren es mehrfach gedenkt, I, 9 § 222, in sehr weiter Art. Sie vermehren bald die Substanz, bald bilden sie bloßes Zubehör.

4) Eccius Bd. 1 S. 108 betrachtet als Theil eines Grundstücks, was mit ihm so verbunden ist, daß es im Fall der Trennung seine Substanz nicht bewahren kann, stellt

Die Substanztheile theilen nothwendig die Rechtslage der Sache, welche sie bilden. Was nicht Substanz einer Sache ist, aber zu ihrer vollständigen Ausrüstung gehört, kann sie theilen, aber es ist dies nichts nothwendiges.[5] Daher sind beim Erwerbe, insbesondere beim Kaufe, Unvollständigkeiten der Substanz, welche der Käufer nicht kannte, anders zu beurtheilen, als Unvollständigkeiten des Zubehörs.[6]

Einen anderen Sinn hat der Begriff Substanz nach dem Vorbilde des römischen Rechtes, in der Lehre vom Nießbrauche. Hier bezieht Substanz Alles in sich, was nicht periodisch wiederkehrende, dem Nießbraucher anfallende Nutzung ist.[7]

§ 62. Pertinenzen.

Pertinenz — Zubehör — einer Sache sind Objekte, die nicht Bestandtheile derselben bilden, dennoch aber im Verkehr mit ihr als ein wirthschaftliches Ganze gelten.

Sie müssen also nach der Anschauung des Verkehrs der Hauptsache zugehören, deren Zwecken gewidmet sein, nicht bloß dem Eigenthümer bei der Benutzung dienstbar sein. Andererseits darf es sich aber nicht um Substanztheile handeln, welche die Sache ihrem Wesen nach gestalten.

Der Begriff der Pertinenz war im römischen Recht wenig entwickelt. Es handelte sich hier nur um Hülfssachen verhältnißmäßig geringen Werthes.[1] Von viel weiterem Umfang ist das Zubehör nach deutscher Auffassung und nach preußischem Recht.[2] [3] Besonders tritt dies bei dem Zubehör eines Landgutes hervor. Das preußische Recht betrachtet als dem Landgute zugehörig dessen Inventar an Vieh und Wirthschaftsgeräthe und an den sonstigen zur Bewirthschaftung nöthigen Vorräthen,[4] Gutserzeugnisse, insoweit als sie zur

---

also die Kriterien darauf, ob die Technik im Stande ist, die Sache unbeschadet ihres Wesens vom Grundstücke zu trennen. Das beruht auf Mißverständniß von L. R. I, 2 § 6.

5) Näheres in der Lehre von der Hypothek unten §§ 328. 329, vgl. ferner L. R. I, 18 §§ 28. 29.

6) L. R. I, 11 § 42. 81, vgl. unten Bd. 2 § 134 Anm. 19 und § 141 unter 1.

7) L. R. I, 21 § 25, I, 18 § 228, auch I, 2 § 110, I, 19 §§ 9 u. 10. Siehe unten §§ 278. 281.

1) Dernburg Pandekten Bd. 1 § 77, Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 26 n. 1.

2) L. R. I, 2 § 42 ff., siehe auch Stobbe Bd. 1 § 65.

3) Eine körperliche Sache kann nach dem modernen Begriffe Zubehör eines Geschäftes, eines Rechtes sein, L. R. I, 2 § 67. Unger a. a. O. n. 4 sieht hierin eine Verwirrung der Begriffe, weil es sich nur um Mittel zur Ausübung des Rechtes handele.

4) Vgl. L. R. I, 2 § 48 ff. Die auf dem einen Landgute regelmäßig aufbewahrten, aber der Bewirthschaftung eines anderen Gutes dienenden Inventarienstücke sind Zubehör des letzteren Gutes, nicht des ersteren. R. O. H. G. Bd. 10. S. 158. Nicht Zubehör des Landgutes ist, was der individuellen Neigung und dem persönlichen Bedürfnisse des jetzigen Inhabers dient, z. B. Thiere, welche auf dem Gute zum Haus- oder persönlichen Gebrauche oder Vergnügen ihres Besitzers gehalten werden. Auch ist nicht Zube-

Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind.[5] Ferner sind nach preußischem Rechte Pertinenzen auch Grundstücke, welche einem Hauptgrundstück, das historisch einen festbestimmten Umfang hat, von dessen Besitzer zugeschlagen wurden,[6] was entweder durch eine ausdrückliche Willenserklärung, oder stillschweigend[7] durch gemeinschaftliche Bewirthschaftung geschehen kann, und insbesondere durch Zuschreibung des Grundstückes im Grundbuche bekundet wird. Daß weiter die *subjektiv dinglichen Rechte* des Gutes, insbesondere auf bäuerliche Dienste, aber auch die an deren Stelle getretenen Ablösungskapitalien Zubehör desselben sind, ist einleuchtend.[8] Selbst ungetrennte Früchte werden, wenn sie nicht etwa Dritten, insbesondere einem Nutzungsberechtigten zustehen, nach preußischem Rechte zu den Pertinenzen gezählt, da sie Theile des Gutes sind, ohne zu dessen Substanz zu gehören.[9]

Wie beim Landgute, so gilt auch bei anderen Gegenständen das Inventar, mittels dessen sie bewirthschaftet werden, als Pertinenz. Zwar die zur *Benutzung eines Wohnhauses* eingebrachten *Mobilien* sind nicht dessen Zubehör, sie gelten nicht als dem Hause bestimmt, sondern *für die Bewohner angeschafft*, welche sie im Falle der Veränderung der Wohnung mit sich zu führen pflegen. Nur diejenigen Mobilien, welche erd-, wand-, band-, niet- und nagelfest sind, werden der Regel nach als Pertinenz des Hauses vermuthet.[10] Dagegen bilden Pertinenzen einer Fabrik die deren Betrieb die-

---

hör Vieh, welches zum Verkaufe oder Hausgebrauche auf die Mast gestellt wurde, § 54 a. a. O. — Die Pertinenzqualität des Gutsinventars beruht auf altgermanischer Vorstellung, Beseler Erbverträge I, S. 29. 104 ff. Vgl. auch Bluntschli § 55. „Anfangs dachte man sich die fahrende Habe vom Grundstücke umschlossen und daher auch von der Gewehre am Grundstücke mitbeherrscht.“

5) Nach römischem Recht ist das landwirthschaftliche Inventar nicht Zubehör des Grundstücks.

6) L. R. I, 2 § 44, unten § 194 a. E., § 267 a. A.

7) So Striethorst Archiv Bd. 61 S. 336. Dagegen Koch Kommentar zu § 44.

8) Entscheidungen des Obertribunals Bd. 5 S. 1, R. G. in Strafsachen Bd. 7 S. 365, vgl. oben § 38.

9) L. R. I, 2 § 45. I, 20 § 475. Es ergiebt sich hieraus besonders deutlich, daß wir die Pertinenz *nicht* in der römischen Begrenzung als eine besondere Sache auffassen, *welche dem Gebrauche einer anderen dient*. Nach Eccius Bd. 1 § 21 Anm. 36 S. 116 ist freilich die Behandlung der unabgesonderten Früchte als Pertinenz im L. R. „folgewidrig“. Sie seien Substanz, weil die Verbindung eine nothwendige, aus der Natur hervorgehende sei. Sie ist aber keine dauernde, keine die Sache als solche charakterisirende.

10) L. R. I, 2 § 80 ff., österr. Gesetzb. § 297 und die älteren deutschen Statuten. Die Vermuthung für die Pertinenzqualität, welche aus der mechanischen Verbindung der Mobilien folgt, fällt weg, wenn, wie bei Kleider- und Bücherschränken, aus der eigenthümlichen Beschaffenheit eines Stückes folgt, daß dasselbe *nicht zum Gebrauche des Hauses*, sondern (§§ 85, 81 a. a. O.) *der Person des Besitzers bestimmt war*. — Für die Frage, ob etwas Zubehör oder *Substanz* ist, hat die Vermuthung natürlich keine Bedeutung.

nenden Geräthschaften, soweit sie nicht gar zur Substanz gehören. Es ist überhaupt das dem Gewerbe gewidmete Inventar Zubehör eines den gewerblichen Zwecken gewidmeten Gebäudes, z. B. das der Aufnahme der Fremden dienende Mobiliar Pertinenz des Gasthofes, — weil hier überall eine wirthschaftliche Einheit angenommen wird.[11] Zubehörungen sind ferner Risse, Karten und andere Urkunden, welche die Hauptsache betreffen.[12] Pertinenzen bilden endlich auch Materialien zur Ausbesserung eines Gebäudes, soweit sie sich auf dem Bauplatze befinden, während nach römischem Rechte nur Pertinenz ist, was bereits wirklich zum Dienste der Hauptsache verwendet war.[13] [14]

Die Pertinenzqualität hat nach preußischem Rechte nicht bloß die Bedeutung eines Auslegungsmittels für die Willensmeinung der Parteien bei Rechtsgeschäften. Vielmehr nimmt die Pertinenz, so lange sie in diesem Verhältnisse steht, die rechtliche Natur der Hauptsache, mit der sie eine Gesammtheit bildet, insbesondere deren Immobiliarqualität an, so, daß auch bewegliche Pertinenzen durch Auflassung, Verhypothecirung, Subhastation des Grundstückes, welchem sie zugehören, mitergriffen werden, obgleich bewegliche Sachen als solche diesen Geschäften nicht unterliegen.[15]

Damit aber eine Sache Pertinenz sei, ist erforderlich, daß sie dem Eigenthümer der Hauptsache, mindestens deren Miteigenthümer gehört.[16] Ding-

---

11) Hinsichtlich der Frage, ob auch die zum Geschäfte gehörigen und zum Verkaufe bestimmten Materialien Zubehör der Fabrik, des Gewerbelokals seien, findet sich keine völlige Uebereinstimmung. Sie ist für die Regel zu verneinen, L. R. I, 2 §§ 93. 95, wird aber hinsichtlich einer Apotheke bejaht § 94. — Pertinenzen von Mobilien sind die Gefäße, welche zu deren Aufbewahrung nothwendig sind, z. B. die Kisten, in welchen sie versandt zu werden pflegen, L. R. I, 12 § 407; das Futteral einer Schmucksache. L. R. I, 2 § 102.

12) L. R. I, 2 § 62. Hypothekenurkunden sind Zubehör der Hypothek, R. G. in Strafsachen Bd. 7 S. 365.

13) Vgl. L. R. I, 2 § 88. Dagegen schließt die ruta caesa aus l. 18 § 1, l. 17 § 10 D. de a. e. 19, 1.

14) Als Pertinenz des Seeschiffes bezeichnet H. G. B. Art. 443 die Sachen, „welche zu dem bleibenden Gebrauche des Schiffes bei der Seefahrt bestimmt sind"; im Zweifel sollen die in das Schiffsinventar eingetragenen Gegenstände Pertinenz sein. Hiernach wären Schiffskanonen keine Pertinenz des Schiffes, ebensowenig bei einem zum Walfischfange bestimmten Schiffe die bezüglichen Geräthschaften, und doch ist dies der Fall, da nicht die unzureichende Definition, sondern das Wesen der Sache den Ausschlag giebt; Schiffsboote werden, entgegen l. 29 D. de instr. legato 33, 7 ausdrücklich als Pertinenzen anerkannt. — Ueber Pertinenzen des Bergwerks vgl. unten § 267.

15) Entsprechendes gilt für die Pertinenzen des Schiffes. — Die Grundsätze über den Umfang des Hypotheken- und Grundschuldrechts unten § 329. Dieselben decken sich nicht vollständig mit der allgemeinen Theorie der Pertinenzen.

16) L. R. I, 2 §§ 60. 108. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 913.

liche Rechte Dritter werden dadurch nicht berührt, daß die ihnen verhafteten Sachen in ein Pertinenzverhältniß treten.[17]

Als Einzelsache untersteht das bewegliche Zubehör eines Grundstücks den Normen des Mobiliarrechtes. Es kann z. B. durch Tradition veräußert werden, unterliegt ferner der Zwangsvollstreckung Seitens persönlicher Gläubiger.[18] Doch darf denselben jeder Realgläubiger[19] widersprechen.

§ 63. Grundstücke.

1. Während die übrigen körperlichen Objekte mehr oder minder leicht ihre räumliche Stellung verändern, sind allein die Grundstücke als Theile der Erdoberfläche der Ortsveränderung unfähig.[1] Dies giebt dem Rechte an Grundstücken thatsächlich eine größere Sicherung gegen Beeinträchtigungen und hat dazu beigetragen, die Grundstücke vielfach auch rechtlich auszuzeichnen. Lediglich sie sind der Auflassung und Verhypothecirung fähig,[2] und hauptsächlich für sie haben sich die besonderen Formen der Veräußerung durch s. g. Subhastation entwickelt. Allerdings besteht genau genommen die natürliche Unbeweglichkeit nur für die Grundfläche, nicht für die Bodentheile, da diese vom Grund und Boden abgetrennt und räumlich verbracht werden können. Doch kann dies vom Rechte für die Frage der Unbeweglichkeit nicht in Betracht gezogen werden.

Das römische Recht betrachtete als immobil wie die Grundfläche und den zugehörigen Erdkörper, so auch Alles, was mit diesem organisch, wie Bäume und hängende Früchte, oder mechanisch, wie Bauten, verbunden ist. Das preußische Recht geht auch hier von der wirthschaftlichen Betrachtung aus. Immobiliarqualität hat deshalb nicht bloß Fläche und Boden des Grundstückes,

---

17) Werden die Personen zur Anmeldung ihrer Rechte aufgeboten, welche an einem „Grundstück" Eigenthum beanspruchen, so geht das Aufgebot auch gegen Eigenthümer der Sachen, welche thatsächlich in der Stellung von Pertinenzen des aufgebotenen Grundstücks sind. Dies ist namentlich im Falle der Subhastation wichtig. Es gelten daher solche Sachen, sofern eine Anmeldung nicht stattfindet und sie im Zuschlagsurtheil nicht ausgenommen werden, als mit zugeschlagen. Immobiliarzw.=V.Ges. vom 13. Juli 1883 § 1 a. E. § 16. — R. G. Bd. 1 S. 255. Das Aufgebot erstreckt sich aber nicht auf Sachen, die objektiv nicht zu den Pertinenzen des Grundstücks gehören, wenn sie sich auch zufälligerweise auf dem Grundstücke befinden, z. B. nicht auf einen Kronleuchter, welcher sich in einer Fabrik vorfand.

18) Vgl. auch R. G. in Strafsachen Bd. 18 S. 129.

19) Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 206.

1) Die den Theorien älterer gemeinrechtlicher Juristen entnommene Definition des Landrechtes I, 2 § 6: „je nachdem eine Sache, ihrer Substanz unbeschadet von einer Stelle zur anderen gebracht werden kann oder nicht, wird sie für beweglich angesehen," läßt mannichfache Deutungen zu. Daß nur Grundstücke und Grundstückstheile unbewegliche körperliche Sachen sein sollen, darüber vgl. L. R. I, 20 § 390.

2) L. R. I, 20 § 390.

vielmehr auch Alles, was als Substanz oder als Pertinenz,[3] z. B. als zubehöriges subjektiv dingliches Recht[4] ein wirthschaftliches Ganze mit ihm bildet.[5]

2. Als immobil gelten weiter selbständige Gerechtigkeiten, welche nach dem historischen Verlauf des deutschen Rechtes wie Grundstücke behandelt werden,[6] Realkredit genießen und zu diesem Behufe im Grundbuche eingetragen werden. Es gehören hierher verliehene Bergbaurechte und die Theilrechte an solchen, nämlich die Kuxe des älteren Rechts, ferner die vom Eigenthum abgezweigten selbständigen sächsischen Kohlenbaugerechtigkeiten,[7] des weiteren als Realgerechtigkeiten begründete Apothekergerechtigkeiten, Schiffsmühlengerechtigkeiten, Fähr- und Fischereigerechtigkeiten,[8] endlich auch superficiarische Rechte.[9]

3. Schiffe sind ihrer Natur nach Mobilien und werden rechtlich auch überwiegend so behandelt. Aber als besonders wichtige und dauernd erkennbare Individuen nähern sie sich in mancher Hinsicht den Grundstücken. Die Seeschiffe — Kauffahrteischiffe — insbesondere sind in die Schiffsregister ihres Heimathshafens einzutragen, in welche ähnlich wie in Grundbücher Hypotheken eingeschrieben werden können. Kauffahrteischiffe ferner und der Frachtschifffahrt dienende Flußschiffe sind bezüglich der Zwangsvollstreckung dem unbeweglichen Vermögen zugetheilt.[10]

4. Man unterscheidet bewegliches und unbewegliches Vermögen, obgleich die Vermögensrechte als solche nichts Räumliches haben, daher an sich weder beweglich noch unbeweglich sind.

---

3) Oben § 62 Anm. 17. Gebäude sind in der Regel Bestandtheil des Grundstücks, doch ist dies nach preußischem Recht keineswegs immer der Fall, vgl. E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 30. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1108.

4) Oben § 62 Anm. 8.

5) Die Immobilien sind städtische, worunter meist nach römischem Sprachgebrauch selbständige Gebäude in Stadt und Land verstanden werden, und landwirthschaftliche, welche dem Landbau gewidmet sind. Die landwirthschaftlichen Grundstücke zerfallen in Rittergüter und Bauerngüter, eine Unterscheidung, deren rechtliche Bedeutung durch die neuere Gesetzgebung sehr gemindert ist. Der nicht selten im L. R. gebrauchte Ausdruck „Landgut" bezeichnet regelmäßig dem Ackerbau und der Viehzucht gemeinsam gewidmete Grundstücke; L. R. I, 2 § 48, so L. R. I, 5 § 343 ff., unten Bd. 2 § 145 Anm. 3, L. R. I, 21 § 403 ff., unten Bd. 2 § 166 Anm. 10; an anderen Orten sind hierunter landwirthschaftliche Grundstücke jeder Art, also auch bloß dem Gartenbau, der Wiesenkultur, dem Feldbau gewidmete zu verstehen, L. R. I, 14 § 188, unten Bd. 2 § 240 Anm. 3.

5a) Hierauf bezieht sich L. R. I, 2 § 9.

6) Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 68, Grundbuchordnung § 3, L. R. II, 16 § 253, über die Kohlenabbaugerechtigkeiten in den sächsischen Landestheilen vgl. Gesetz vom 22. Februar 1869 § 3.

7) Gesetz über den Eigenthumserwerb § 69. Hypothekenordnung von 1783 I, §§ 14 u. 15. Die Zahl dieser immobilen Gerechtigkeiten ist in Folge der Aufhebung und Ablösung der Gewerbegerechtigkeiten eine ständig abnehmende.

8) Anders Striethorst Archiv Bd. 84 S. 88, Eccius Bd. 1 S. 108.

9) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 15. Juli 1883 § 1 Ziff. 4.

Nach L. R. gelten Rechte in der Regel als **bewegliche** Sachen.[11][12] Zu den unbeweglichen Vermögensrechten sind nur zu zählen:

a) das Eigenthum an Grundstücken und diesen gleichgestellten Gerechtigkeiten, welche ein Blatt im Grundbuch haben,

b) das Eigenthum am Zubehör dieser Gegenstände.[13][14]

§ 64. Werth. Schätzung.[1]

Die bürgerliche Gesellschaft hat nöthig, die Objekte, welche Gegenstand des Vermögens bilden, nach dem Grade ihrer Nutzbarkeit miteinander in Vergleichung zu bringen und schätzt zu diesem Zwecke deren Werth in Gelde. Für diese Schätzung giebt es einen doppelten Maßstab. Als solcher kann nämlich einmal dienen der Preis, welcher für Sachen von wesentlich gleicher Art erfahrungsgemäß beim Verkauf in einem gegebenen Augenblicke erzielt wird — der **Kaufwerth**.[2] Einen zweiten Maßstab giebt der regelmäßig wiederkehrende Ertrag oder **die Rente** des zu schätzenden Objektes, der **Gebrauchswerth**. Bei der Berechnung des Gebrauchswerthes ist der Durchschnitt mehrerer Jahre zu beachten. In preußischen Gesetzen wird zur Schätzung periodischer Leistungen häufig der Durchschnitt des Ertrages der zehn letzten Jahre zu Grunde gelegt.[3] Welcher der beiden Maßstäbe anzuwenden sei, ist nach Lage des Falles und der einschlagenden Rechtsverhältnisse zu bestimmen. Irrig ist es, den Kauf-

---

11) L. R. I, 2 § 8 ff.

12) Ueber die Auffassungen gemeinrechtlicher Schriftsteller siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 74.

13) Zu den mobiliaren Rechten gehören Erbrechte, auch wenn Grundstücke im Nachlaß sind, Entsch. d. O. Trib. Bd. 76 S. 153.

14) Die R. C. P. O. überweist die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen den Landesgesetzen und überläßt ihnen die Bestimmung seines Umfangs. Dies geschieht in Preußen durch das Gesetz vom 13. Juli 1883. — L. R. I, 2 § 10. Unter den beweglichen Sachen oder dem „Mobiliarvermögen" unterscheidet das Landrecht I, 2 § 11 ff. „baares Vermögen," worunter es nur geprägtes Geld und Staatspapiergeld versteht, dann „Kapitalvermögen," wohin Schuldforderungen, auch Hypothekenforderungen und Inhaberpapiere, aber auch Banknoten gerechnet werden, endlich „Effekten," ein Ausdruck, welcher alle anderen Mobilien begreifen soll. Unter „Hausrath" ferner sollen bewegliche Sachen verstanden sein, welche gemeinhin zur Benutzung der Wohnung dienen, unter „Möbeln" dagegen dergleichen Sachen besserer Qualität; der Ausdruck „Mobilien" soll Hausrath, Möbel und Geräthschaften begreifen. Aber das Landrecht selbst hält diese zum Theil willkürlichen Terminologien keineswegs fest. Vgl. auch Gans Revision S. 446.

1) L. R. I, 2 § 109 ff. Goldschmidt Handelsrecht Bd. 2 § 64a.

2) Besonders wichtig ist für die Bestimmung des Kaufwerthes der **Marktpreis**, d. h. der für eine Waare, welche den regelmäßigen Gegenstand des Handels an einem Orte bildet, dort durchschnittlich erzielte Preis, vgl. unten Bd. 2 § 135 Anm. 14, Goldschmidt Handelsrecht Bd. 2 § 64a.

3) Vgl. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 118. Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 9.

werth allein zum entscheidenden Maßstabe zu machen.[4] Vielmehr wird man, da die Kaufkraft wie der Gebrauch Vortheile sind, welche die Sache dem Eigenthümer bietet, der Regel nach je den höheren Betrag berücksichtigen müssen.[5]

An und für sich kommt bei der Schätzung nur in Betracht der gemeine Werth, d. h. der Nutzen, welchen Jedermann aus der Sache ziehen kann. Die Rechtsprechung ist jedoch vielfach, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen, veranlaßt, denjenigen Nutzen der Sache mitzuschätzen, welchen dieselbe ausschließlich für ein bestimmtes Individuum in Folge einer besonderen Brauchbarkeit für dessen Zwecke hat.[6] Den sich hiernach ergebenden Betrag bezeichnet das Landrecht als außerordentlichen Werth, während die neuere Jurisprudenz den Ausdruck Interesse vorzieht.

Bloßer Affektionswerth, d. h. der Werth der besonderen Vorliebe, welche man für eine Sache hat, kommt in der Regel nicht in Anschlag. Doch haftet der Schädiger im Fall vorsätzlicher Schädigung für den Werth dieser Vorliebe, die sich auf individuelle Eigenschaften oder Verhältnisse der beschädigten Sache gründet.

Manche Dinge sind unschätzbar.[8] Absolut unschätzbar sind Rechte, für welche überhaupt Geld keinen Ersatz bildet, z. B. persönliche Freiheit. Relativ unschätzbar sind solche Objekte, welche zwar geldwerthig sind, deren Werthbetrag sich aber um deswillen nicht objektiv mit Sicherheit bestimmen läßt, weil sie weder einen Marktpreis haben, noch einen gleichmäßigen und ständigen Ertrag liefern. Es können hierher unter Anderem Bergwerksgerechtigkeiten gehören.[9]

---

4) Puchta Pand. u. Vorles. § 38. Daß auch das römische Recht Gewicht auf die Rente legte, darüber vgl. l. 79 § 1 D. de V. S. 50, 16 verbis: ex quibus reditus adquiratur. Anders „si res promercales" waren l. 28 l. 29 D. de R. V. 6, 1. l. 9. l. 10 D. de impens. 25, 1. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 355.

5) Vgl. L. R. I, 2 § 111. „Der Nutzen, welchen eine Sache ihrem Besitzer leisten kann, bestimmt den Werth derselben." Die Bestimmungen über das Verfahren bei gerichtlichen Taxen A. G. O. II, 6 § 12 — vgl. auch unten Bd. 2 § 136 Anm. 11 — gehen für die Regel von der Schätzung nach dem Ertrage und dessen Kapitalisirung aus und kommen erst aushülfsweise, z. B. bei Lust- und Ziergärten § 16, auf den gewöhnlichen Preis, welchen solche Grundstücke am Orte haben. Der Nachweis, daß die fraglichen Gegenstände einen höheren Verkaufspreis haben, als der Ertrag ergiebt, ist hiermit jedoch nicht ausgeschlossen.

6) L. R. I, 2 § 114, z. B. bei Expropriationen, siehe oben § 34 unter 3, bei Verschuldung u. s. f. vgl. unten Bd. 2 § 74.

7) L. R. I, 2 § 115. I, 6 § 87, I, 11 § 880; vgl. die durch C. P. O. beseitigten §§ 96. 97. Dies ist keineswegs „ungehörig", wie Eccius Bd. 1 S. 120 vermeint.

8) L. R. I, 2 § 119, vgl. I, 4 § 124.

9) Bei der Bestimmung des Stempelbetrages entscheidet das Gutachten des Oberbergamtes, Gesetz vom 7. März 1822 § 4 unter e. Nach der R. C. P. O. § 3 entscheidet stets freies Ermessen des Richters über den Werth des Streitgegenstandes. Dies gilt auch für die Berechnung von Gerichtskosten und Gebühren. Gerichtskostengesetz vom

§ 65. Vertretbare und verbrauchbare Sachen.

Bei gewissen Sachen kommt es dem Verkehre nur auf die Gattung, nicht auf die Species an. Man nennt sie vertretbare Sachen, Fungibilien. Die Vertretbarkeit beruht nicht etwa auf deren besonderer physischen Beschaffenheit, sondern darauf, daß sie in Menge vorkommen und sich in denjenigen Eigenschaften nicht unterscheiden, auf welche der Verkehr Gewicht legt. Viele vertretbare Sachen sind so geartet, daß sie durch den Gebrauch verzehrt werden, z. B. Wein, Oel, Holz, Tabak — oder doch für den bisherigen Eigenthümer verloren gehen, z. B. Geld; sie sind also zugleich verbrauchbare Sachen. Es giebt aber Sachen, z. B. Metallwaaren oder Drucksachen, welche sich nicht verbrauchen, und dennoch vertretbar sind, weil sie sich von Sachen gleicher Art durch individuelle Eigenthümlichkeit nicht unterscheiden. Das Landrecht handelt nur von „verbrauchbaren" Sachen und scheint diese von „vertretbaren" nicht zu unterscheiden.[1] Indessen ergiebt sich die Unterscheidung aus der Natur der Sache.[2]

Die Vertretbarkeit ist eine durch die Verkehrssitte geschaffene Eigenschaft der Sachen. Hiernach wird deren regelmäßige Behandlung bestimmt. Es ist damit nicht ausgeschlossen, daß die Betheiligten im einzelnen Falle Fungibilien als Species behandeln und andererseits Nichtfungibilien zum Gegenstand einer Gattungsobligation machen, bei welcher der Gegenstand der Leistung nicht individuell, sondern generell bestimmt wird.[3]

§ 66. Theilbarkeit und Untheilbarkeit.

Die Rechtsobjekte kommen im Privatrechte nicht nach ihren physikalischen Eigenschaften, sondern nach ihren wirthschaftlichen Zwecken in Betracht. Nach diesen bestimmt sich grundsätzlich ihre Theilbarkeit.[1] Untheilbar sind körperliche Sachen, wenn sie nicht in dem Ganzen gleichartige Bestandtheile zerlegt werden können, ohne daß der verhältnißmäßige Werth der Theile leidet.[2] Nach denselben Grundsätzen ent-

---

18. Juni 1878 § 8 ff. Ueber das frühere Recht vgl. Gesetz vom 10. Mai 1851 §§ 10. 11. Ziff. 4.

1) L. R. I., 2 §§ 120. 121, vgl. I, 21 § 173. I, 14 § 83 ff. Entwurf des a. Gesetzbuchs für die preußischen Staaten Theil 2 Einl. § 36. Vgl. österr. Gesetzb. § 301, code civ. art. 1874. Anders das H. G. B. Art. 91. Ueber den Umfang der verbrauchbaren Sachen herrscht Streit, insbesondere ob in Kurzem sich abnutzende Dinge, z. B. Kleider zu denselben gehören. Vgl. unten § 278 Anm. 6.

2) Vgl. R. C. P. O. §§ 555. 628. 702 unter 5, H. G. B. Art. 701.

3) Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 § 61. Unrichtig Eccius Bd. 1 S. 110.

1) L. R. I, 2 § 41. I, 17 § 87. Dernburg Pand. Bd. 1 § 76.

2) L. R. I, 17 § 87, l. 26 § 2 D. de leg. I. Untheilbar sind daher namentlich bewegliche Sachen, z. B. ein Schiff, ein Pferd, ein Edelstein, eine Spiegelscheibe, nicht aber Bretter, Metallbarren u. s. f. Theilbar sind der Regel nach Grundstücke, jedoch

scheidet sich die Frage der Theilbarkeit nichtkörperlicher Gegenstände, insbesondere von Handlungen; z. B. ist die Pflicht zur Leistung einer Summe oder zum Pflanzen von hundert Obstbäumen theilbar.[3] Untheilbarkeit entsteht auch durch gesetzliche Verbote.[4]

Die Theilbarkeit eines an sich theilbaren Gegenstandes kann nach preußischem Rechte durch private Verfügung dinglich beschränkt werden,[5] insbesondere durch fideikommissarische Anordnung.

§ 67. Dem Privateigenthum entzogene Sachen.

Die Sachen der Außenwelt sind der Regel nach befähigt, im Privateigenthume zu stehen. Daß sie demselben entzogen seien, — als s. g. res extra commercium — ist daher nicht zu vermuthende Ausnahme.[1] Eine solche Entziehung ist bald eine unbedingte, bald eine bedingte, sie beruht bald auf natürlichen Gründen, bald auf Rechtssatzung.

1. Im neueren Rechte sind dem Privateigenthum unbedingt entzogen nur solche Gegenstände, welche aus natürlichen Gründen dazu nicht tauglich

---

keineswegs schlechthin. Vgl. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 107. Demgemäß bestimmt diese in § 109, der Natur der Sache entsprechend, daß die Naturaltheilung eines gemeinschaftlichen Waldes nur dann zulässig sei, wenn entweder die einzelnen Antheile zur forstmäßigen Benutzung geeignet bleiben, oder wenn sie vortheilhaft, als Aecker oder Wiesen benutzt werden können. Häuser sind in vertikaler Richtung reell theilbar, wenn Baueinrichtungen bestehen oder getroffen werden können, welche jeden Theil als ein selbständiges Ganze erscheinen lassen. Vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 31 S. 896 und dort citirte. Nach Eccius Bd. 1 § 21 Anm. 14 sollte die Minderung des verhältnißmäßigen Werthes der Theile für die Theilbarkeit nicht in Betracht kommen, wonach unter Anderem eine Zertheilung von Diamanten, Spiegelscheiben, Gemälden rechtlich erzwingbar wäre. Eccius hat sich rektificiert in der 6. Auflage Bd. 1 S. 110.

3) Vgl. Art. 359 des Handelsgesetzbuches.

4) Unten Bd. 2 § 25 bei Anm. 4. Das ältere öffentliche Recht verbot bei zahlreichen Grundstücken Theilung ohne obrigkeitliche Genehmigung, vgl. L. R. II, 7 § 16. I, 18 §§ 481. 482. Die Beschränkungen der Theilbarkeit, welche nicht privatrechtlicher Natur waren, hob zuerst auf das Edikt vom 9. Oktober 1807. Das Gesetz über gemeinschaftliche Holzungen vom 14. März 1881 § 6 verbietet die Naturaltheilung solcher Holzungen, sofern die Gemeinschaft nicht nachweisbar in Folge eines besonderen privatrechtlichen Verhältnisses entstand. Zulässig ist jedoch die Theilung auf Grund einer Entscheidung der Auseinandersetzungsbehörde, daß einerseits die Holzung zu forstmäßiger Benutzung nicht geeignet ist oder bei anderweiter Benutzung dauernd größere Vortheile bietet und daß andererseits landes- oder forstpolizeiliche Interessen nicht entgegenstehen.

5) L. R. I, 17 § 75. Der Erblasser ist zwar nicht befugt, Theilung seines Nachlasses für immer zu verbieten, wohl aber auf Zeit sowie für einzelne Nachlaßobjekte. L. R. I, 17 § 118 ff.

1) L. R. I, 8 § 5. Körpertheile des lebenden Menschen sind keine Sachen im Rechtssinne, sondern Organe des beseelten Rechtssubjektes. Sie werden jedoch mit der Trennung verkehrsfähige Sachen und treten z. B. seine Kopfhaare in das Privateigenthum des bisherigen Trägers. Ferner wird der Körper des Menschen mit dessen Tode, da er fortan nicht mehr das leibliche Organ eines Rechtssubjekts bildet, eine verkehrsfähige Sache, so jedoch, daß er dem Rechte und der Sitte gemäß der Regel nach der Bestattung nicht entzogen werden soll. Vgl. Strafgesetzbuch §§ 168. 367. Ziff. 1. Ueber römisches Recht vgl. Dernburg Pandekten Bd. 1 § 69.

sind. Insbesondere sind in ihrem Naturzustande nothwendig herrenlos die atmosphärische Luft, das fließende Wasser, die Meereswogen, wie auch das Meer selbst.[2] Insoweit sich Jemand jedoch durch Ausscheidung aus der Gesammtmasse, z. B. durch Wasserleitungen oder Gasröhren — Quantitäten ausschließlich angeeignet hat, beginnt an ihnen Privateigenthum.

2. Bedingt sind dem Privateigenthum entzogen Sachen, welche unmittelbar den öffentlichen Zwecken bestimmt sind, die sogenannten öffentlichen.[3] Zu diesen gehören die Sachen, welche im Gemeingebrauch des Publikums stehen, wie Straßen, Plätze, Brücken, Brunnen, öffentliche Flüsse,[4] das Meeresufer,[5] nicht minder aber das s. g. Verwaltungsvermögen, welches unmittelbar den Zwecken der Staatsverwaltung dient, wie Festungen, Häfen, Gebäude für öffentliche Anstalten und Behörden; ferner die in gleicher Weise zu kommunalen Zwecken bestimmten Gegenstände, wie Provinzial-, Kreis-, Gemeindestraßen, Gemeindekirchhöfe, öffentliche Anlagen,[6] endlich auch die dem Gottesdienst oder sonstigen Zwecken der ausdrücklich aufgenommenen Religionsgesellschaften unmittelbar gewidmeten Objekte, wie deren Kirchen und Kirchhöfe.[7] [8]

Da alle diese Gegenstände ihre besondere Rechtsstellung in Folge ihrer Bestimmung für öffentliche Zwecke haben, so verlieren sie dieselbe, wenn

---

2) L. R. I, 8 § 3 ff. l. 2 D. de d. r. 1, 8 „res communes omnium“. Das Eis im Fluß steht in demselben Rechtsverhältniß wie das fließende Wasser. Es ist nicht im Privateigenthum, ehe es Jemand in bestimmten Quantitäten ausgeschieden und in Besitz genommen hat. Eine andere Frage ist, ob der Flußherr die Okkupation verbieten kann.

3) L. R. I, 8 § 4. II, 14 § 21. Die öffentlichen Sachen stehen im Gegensatz zu dem, was in pecunia populi ist, l. 6 pr. D. de c. e. 18, 1, dem „Finanzvermögen,“ welches vorzugsweise den Zweck hat, der Finanzwirthschaft des Staates zu dienen, z. B. der Staatsschatz, Domänen, Forsten, Bergwerke.

4) Vgl. unten § 252.

5) Nach römischer Anschauung galt auch das Meeresufer als durch die Natur jedem Eigenthume entzogen, also auch nicht als im Eigenthume des römischen Staates stehend; l. 14 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Das germanische Recht sieht dagegen das Meeresufer, wohin auch die Ufer der Meeresinseln gehören, als Eigenthum des Staates an. So auch L. R. II, 15 § 80.

6) Vgl. Grundsteuergesetz vom 21. Mai 1861 § 4 unter c.

7) L. R. II, 11 §§ 17. 18. 173. 179. 180. Auch Synagogen sind öffentliche Sachen. Vgl. auch Gebäudesteuergesetz vom 21. Mai 1861 § 3 unter 4 und 5.

8) Ueber die Rechtsverhältnisse der Kirchhöfe vgl. Wittken bei Gruchot Bd. 26 S. 662. R. G. Bd. 27 S. 255. Kirchhöfe sollen die Gemeinden auch nach ihrer Schließung ohne Genehmigung der Ressortminister innerhalb der Zeit von 40 Jahren nicht veräußern nach einem Ministerialreskript vom 28. Januar 1830, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 66 S. 207. Der römische Grundsatz, wonach Begräbnißstätten — res religiosae — als solche, auch wenn sie von Privaten angelegt wurden, dem Verkehre entzogen sind, gilt bei uns nicht. So auch für das gemeine Recht R. G. bei Fenner Archiv Bd. 2 S. 471, wonach denn auch die Frage bejaht wird, ob das vom Verkäufer eines Gutes mit Genehmigung des Konsistoriums angelegte Erbbegräbniß auf dessen Käufer überging. Vgl. freilich Kab. O. vom 14. April 1840.

sie jener Bestimmung durch einen **Willensakt** des **Staates** oder **rechtsgiltigen Beschluß der Korporation** entzogen werden. Ausdrücklich muß dieser Akt nicht sein, er kann auch durch Handlungen erklärt werden, z. B. durch solche mit dem Willen des Staates erfolgte Veränderungen, welche die Sache für ihren bisherigen öffentlichen Zweck unbrauchbar machen.[9] Dagegen ist eine physische Veränderung keineswegs erforderlich. Daher tritt z. B. eine Kirche, deren Widmung zum Gottesdienste aufgehoben ist, oder eine Verschanzung, welche nicht länger zur Landesvertheidigung bestimmt ist, hiermit auch ohne bauliche Veränderung in das gewöhnliche Privatrecht.

Die öffentlichen Sachen sind nicht etwa herrenlos, so daß der Begriff die Verneinung jedes Eigenthums in sich schlösse. Vielmehr stehen öffentliche Sachen im Eigenthume des Staates,[10][11] der Kommune oder der Kirche. Selbst im Eigenthum von Privatpersonen finden sich derartige Sachen nicht selten, unvorgreiflich ihrem Dienste für das Allgemeine.[12] Oeffentliche Sachen unterstehen daher im allgemeinen den Grundsätzen des Privatrechts, z. B. des Nachbarrechts.[13] Unanwendbar sind aber solche Normen, welche die Benutzung der Sache als einer öffentlichen hindern oder aufheben würden; es gilt dies namentlich für den Erwerb des Eigenthums durch Dritte ohne Willen des jetzigen Eigenthümers, z. B. durch Ersitzung[14] oder durch Inädifikation.

---

9) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1147.

10) Für das römische Recht herrscht Streit, indem Manche behaupten, daß die öffentlichen Sachen dort dem Eigenthumsrechte ganz entzogen und nur dem Hoheitsrechte des Staates oder der Gemeinde unterworfen seien. Die Frage wurde neuerdings lebhaft verhandelt bei Gelegenheit eines Rechtsstreites über die Festungswerke der Stadt Basel. Siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 71.

11) L. R. II, 14 § 21, II, 11 §§ 160. 170. 183. Das Landrecht unterscheidet „gemeines" Eigenthum des Staates und „besonderes". Ersteres sind diejenigen Vermögensrechte, welche ihrer Substanz nach nur dem Staat zustehen können, während ihre Nutzung kraft staatlicher Verleihung auch Private haben können. So mit Recht Bornhak preuß. Staatsrecht Bd. 3 S. 439. „Besonderes" Staatseigenthum ist das auf Grund besonderer Rechtstitel erworbene.

12) So erwähnt Grundsteuergesetz vom 21. Mai 1861 § 4 unter d Brücken, Kunststraßen, Schienenwege der Eisenbahnen und schiffbare Kanäle, welche mit Genehmigung des Staates von Privatpersonen oder Aktiengesellschaften zum öffentlichen Gebrauche angelegt sind. Es geht ferner durch Schiffbarmachung eines Privatflusses das Recht seiner Eigenthümer, soweit es mit der nunmehrigen Bestimmung des Flusses bestehen kann, nicht verloren. L. R. II, 15 § 41. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 60. — Vgl. noch Striethorst Archiv Bd. 95 S. 63.

13) So liegt dem Eigenthümer einer öffentlichen Straße die Erhaltung von Scheidungen ob, wie dem Eigenthümer eines Privatgrundstückes. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 192. Auch die Grenzscheidungsklage ist zulässig. Striethorst Archiv Bd. 85 S. 192. Selbst L. R. I, 8 § 185 ist anwendbar, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 930. Vgl. auch unten § 301 Anm. 2.

14) L. R. I, 9 § 582, vergl. aber Präj. des Ob. Trib. n. 694; siehe unten § 80 Anm. 4 und 5.

Der Gemeingebrauch, welcher an öffentlichen Sachen dem Publikum offen steht, gewährt eine durch das öffentliche Recht verbürgte Befugniß, nicht aber einen im Rechtsweg verfolgbaren privaten Anspruch.[15] Es kommen aber auch an öffentlichen Sachen Gebrauchsrechte vor, welche Gegenstand privaten Rechts bilden, z. B. auf Kirchenstühle oder Grabstätten. Sie sind durch Klage im Rechtswege verfolgbar.[16]

Von der öffentlichen Sache ist die herrenlose zu unterscheiden.[17] Herrenlos sind insbesondere nach deutschem und preußischem Rechte die im Boden lagernden bergmännischen Fossilien,[18] während dieselben nach römischem Rechte dem Eigenthümer des Grund und Bodens gehörten.

---

15) R.G. Bd. 1 S. 366. Das gilt auch für die Benutzung der Straßen, L.R. II, 15 § 7. Eine andere Frage ist, ob ein Klagrecht gegen Private besteht, die Jemanden im Gemeingebrauche stören. Dies ist unseres Erachtens für die Regel zu bejahen, da auch private Interessen regelrecht durch Klage geschützt sind.

16) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 1022, Bd. 32 S. 885, R. G. Bd. 8 S. 200, Bd. 12 S. 280.

17) Vgl. jedoch L. R. II, 16 § 1: Auf Sachen, welche in keines Menschen Eigenthume gewesen sind, hat der Staat ein vorzügliches Recht zum Besitze.

18) Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 1: „Die nachstehend verzeichneten Mineralien sind von dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers ausgeschlossen."

Dritter Abschnitt.

Die Privatrechte in ihrer Entstehung und Endigung.

§ 68. Allgemeines.

Veränderungen auf dem Gebiete des Rechtes gründen sich in Ursachen, die in die Erscheinungswelt getreten sind, juristischen Thatsachen. Sie sind theils Handlungen, nämlich Aeußerungen des Willens der Betheiligten,[1] theils von deren Willen unabhängig. Den Handlungen gehören die Unterlassungen dann zu, wenn sie auf einen Willensentschluß zurückzuführen sind.[2] [3]

Für das ältere deutsche Recht ist es charakteristisch, daß sich die Rechte vorzugsweise durch unabänderlich eingreifende, von dem Willen der Einzelnen unabhängige Thatsachen zu gestalten pflegten. Dem ausgebildeten römischen Rechte dagegen war umgekehrt der normale Grund für rechtliche Veränderungen die eigene Willensthat des Rechtssubjektes. Das heutige, insbesondere auch das preußische Recht, nimmt eine Mittelstellung ein. Dasselbe hat zwar dem Willen der Rechtssubjekte im Gegensatze zum deutschen Rechte des Mittelalters einen sich stetig erweiternden Spielraum gegeben; immerhin haben bei uns die auf der Rechtsordnung unmittelbar fußenden Thatsachen eine rechtsbildende Kraft in einem Umfange behalten, wie ihn das römische Recht nicht kannte.[4]

§ 69. Berechnung der Zeit.[1]

Gesetz, richterliche Verfügung oder Parteiwillen knüpfen die Entstehung oder Veränderung oder Endigung von Rechten häufig an bestimmte Zeitabschnitte — Fristen — oder an Handlungen oder Unterlassungen, die während

---

1) L. R. I, 3 § 1 ff. Als Unterart der Handlungen bezeichnet das L. R. die Willenserklärungen, vgl. hierüber § 71.

2) Dernburg Pandekten Bd. 1 § 80.

3) L. R. I, 3 § 35 erklärt „Aus unerlaubten Handlungen überkömmt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte.“ So gut dies gesagt ist, so ist es doch keineswegs durchweg zutreffend. Vgl. Herbst bei Gruchot Bd. 32 S. 40.

4) So unter anderm beim Erbschaftserwerb, siehe unten Bd. 3 § 99.

1) L. R. I, 3 § 45 ff. unter dem Marginal „Zeitbestimmungen bei Handlungen.“ Vgl. über römisches Recht Dernburg Pand. Bd. 1 § 88 ff.

eines bestimmten Zeitraums erfolgen. Hierbei können zwar besondere Bestimmungen über die Art der Zeitmessung getroffen werden; doch wird dies selten vorkommen. In deren Ermangelung werden gesetzliche Regeln nöthig.

Diese Regeln stützen sich einerseits auf den Gebrauch des Lebens, andererseits aber auch auf Rücksichten der Praktikabilität. Daher erstreben sie nicht mathematische Genauigkeit.

Insbesondere werden in der Regel nur ganze Tage gezählt (gesetzliche oder civile Berechnung), so daß der Tag von Mitternacht bis zu Mitternacht als kleinste Zeiteintheilung gilt.[2] Stunden sind nur zu berücksichtigen, wenn Gesetz oder Vertrag Berechnung nach Stunden besonders vorschreiben. Wie aber, wenn im Gesetze oder im Vertrage von „24 Stunden" die Rede ist? Ist dies wörtlich zu nehmen oder als volksthümliche Bezeichnung für einen bürgerlichen Tag aufzufassen? In der Regel ist das Letztere der Sinn. Doch kann auch die Meinung sein, daß die Stunden als solche zu zählen sind.[3]

Um der Gleichförmigkeit willen löste die civile Berechnung der Römer die herkömmlichen Zeitmaße in eine ein für allemal bestimmte Zahl von Tagen auf. Daher behandelte man in Rom das Jahr stets als eine Summe von 365 Tagen und, worin sich das Streben nach Gleichförmigkeit vorzüglich zeigt, eine in Monaten ausgedrückte Zeitbestimmung so, als wenn eine ihrer Anzahl entsprechende Reihe von 30 Tagen festgesetzt wäre.[4] Der heutige Verkehr hingegen rechnet nach dem wiederkehrenden Kalendertage. Hiernach vollendet sich eine Monatsfrist bald in 31, bald in 30, bald in 28 Tagen. Diese bequeme Weise ist für Wechsel-, Handels- und Bergwerkssachen, für den Civilprozeß[5] und selbst für das Straf-

---

2) L. R. I, 3 § 45, vgl. II, 11 § 1088. 1153; den Gegensatz bildet die s. g. natürliche Berechnung — a momento ad momentum.

3) Daher betrachtet das Obertribunal die 24 Stunden der gesetzlichen Erklärungsfrist auf einen Antrag — L. R. I, 5 § 95, vgl. I, 21 § 345 — als einen bürgerlichen Tag, welcher nach Ablauf desjenigen Tages beginnt, in welchen der Antrag fällt. Entsch. des O. Tr. Bd. 17 S. 152 ff. Dagegen Koch Kommentar zu L. R. I, 3 § 45 und Förster, nicht aber Eccius § 45 Anm. 6. Für Vertragsbestimmungen, z. B. eine vereinbarte Ladefrist von 24 Stunden für ein Schiff, gilt das Gleiche, R. O. H. G. Bd. 12 S. 127. Aber bezüglich der Gewähr von Viehmängeln L. R. I, 11 § 199 nimmt das Obertribunal, Präjudiz 2100, Entsch. Bd. 17 S. 152, die 24 Stunden wörtlich.

4) Es wird fortlaufend gezählt. Anders jedoch bei dem Protest eines Wechsels Mangels Zahlung. Art. 41 der Wechselordnung bestimmt nämlich, „daß dieser Protest spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen müsse." Ueber die Auslegung dieser Vorschrift bildeten sich verschiedene Ansichten. Die zur Herrschaft gelangte Meinung aber ist, daß außer dem Zahltage zwei Werktage nöthig sind, so daß z. B., wenn der Wechsel am grünen Donnerstage verfällt, da der Charfreitag ein Feiertag ist, Sonnabend der erste und erst Osterdienstag der zweite Protesttag ist. Unten Bd. 2 § 277 Anm. 5. Bezüglich der Ladefristen der Seeschiffe unten Bd. 2 § 204.

5) Diese Berechnung nahm bereits das L. R. für Wechsel an, II, 8 § 855 ff. Sie ist übergegangen in Art. 32 der deutschen Wechselordnung, Art. 328 des deutschen Han-

recht[6] die gesetzliche Berechnungsart geworden. Sie ist überhaupt im Zweifel bei Berechnung der Fristbestimmungen neuerer Gesetze,[7] sowie bei Rechtsgeschäften und Verfügungen der Behörden zu Grunde zu legen.[8]

Der halbe Monat ist gleich fünfzehn Tagen zu nehmen.[9] Eine nach Wochen bestimmte Frist endigt mit Ablauf des Tages, welcher durch seine gleiche Benennung dem Anfangstag entspricht.[10]

§ 70. Fortsetzung. Die civile Rechnung des Landrechts.

Das preußische Landrecht hat sich der neueren Rechnung nach dem wiederkehrenden Kalenderdatum nicht angeschlossen. Dasselbe folgt vielmehr für gewöhnlich bei Berechnung gesetzlicher Fristen insofern der römischen Rechnungsweise, als es das Jahr gleich 365, den Monat gleich 30 Tagen ansetzt.[1]

1. Indessen unterscheidet sich die Zählung des Landrechts wie auch der Reichsgesetze von der römischen darin, daß sie den Tag, in welchen das Ereigniß fällt, von welchem ab zu zählen ist, nicht mitrechnet,[2] wie in Rom geschah.[3] Hierdurch gewinnt die Rechnung, wenigstens bei Jahresfristen, doch den wiederkehrenden Kalendertag und kommt insoweit mit der gewöhnlichen Berechnungs-

---

delsgesetzbuches und § 242 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865. So auch R.C.P.O. § 200 Abs. 1.

6) Strafgesetzbuch § 19 im Gegensatz zu dem früheren preußischen Strafgesetzbuch § 15.

7) Hiernach versteht u. A. das R. G. Bd. 7 S. 277 unter den im § 30 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 gedachten Monaten „Kalendermonate." Vgl. ferner unten Bd. 3 § 16 Anm. 1.

8) Weiteres unten § 70 zu 1.

9) H. G. B. Art. 328. W. O. Art. 32 Abs. 2.

10) H. G. B. Art. 328. W. O. Art. 32. R. C. P. O. § 200.

1) Oben § 69 bei Anm. 4. L. R. I, 9 § 550. Diese für die Verjährung gegebene Vorschrift war im Sinne des A. L. R., welches sich an das gemeine Recht anschloß, Ausdruck einer allgemeinen Regel, ist daher für die landrechtlichen Verjährungs- und Präklusivfristen, soweit nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, überhaupt maßgebend. Dies gilt u. A. hinsichtlich der L. R. I, 20 § 610 für die Erklärung des Vorkaufsberechtigten bestimmte Frist R. G. Bd. 4 S. 305. Vgl. jedoch R. G. Bd. 27 S. 290.

2) Das Landrecht bedient sich ohne Unterscheidung des Ausdrucks „von dem Tage an" und „nach dem Tage." — Einzelanwendungen des Grundsatzes geben I, 18 §§ 125. 410. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 82 S. 26. R.O.H.G. Bd. 12 S. 129, auch Entsch. des O.Trib. Bd. 59 S. 453. Andere Ansicht bei Holländer in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 523 ff. und Förster, gegen ihn aber Eccius Bd. 1 § 45 Anm. 7. — Wie das L. R. berechnen auch die deutsche Wechselordnung Art. 32, das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 328 Nr. 1 den ersten Tag nicht, vgl. auch R. C. P. O. §§ 199. 200. — Anders das Strafgesetzbuch § 67 a. E., § 70 a. E.

3) l. 5 D. qui test. facere 28, 1. Wächter Bd. 2 S. 828. 829 bezeichnet die Nichteinrechnung des ersten Tages als „deutsche" Berechnung. Windscheid wiederum Bd. 1 § 103 Anm. 14 will im einzelnen Falle den Willen nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt haben. Gewiß ist dieser Wille, wenn erkennbar, das Entscheidende. Doch hier handelt es sich darum, wie zu urtheilen ist, wenn ein besonderer Willensausspruch fehlt.

weise[4] überein. Während daher bei den Römern eine jährige Frist, welche von einem auf den ersten Januar fallenden Ereignisse läuft, sich am folgenden 31. December vollendete, da mit diesem Tage die Zahl von 365 Tagen erfüllt war, ergiebt die landrechtliche Nichtberücksichtigung des ersten Tages als Endtermin den folgenden 1. Januar. Bei der Berechnung einer zu „acht Tagen" angesetzten Frist kann jedoch diese Zählungsweise nicht eintreten, da der muthmaßlichen Meinung bei diesem Ausdruck entsprechend hier der erste Tag mitzuzählen ist.[5] [6]

2. Die Römer behandelten ihren Schalttag, den 25. Februar, als einen Tag mit dem vorhergehenden 24. Februar.[7] Dem heutigen Verkehr ist diese Behandlung fremd, der Schalttag der Neuzeit — der 29. Februar — wird vielmehr als selbständiger Tag behandelt. Dennoch wird er bei Jahresfristen nach L. R. außer Betracht gelassen, wodurch erreicht wird, daß auch im Falle des Vorkommens von Schaltjahren der wiederkehrende Kalendertag den Zeitabschnitt schließt.[8]

3. Als geendigt gilt der zu berechnende Zeitabschnitt mit dem Ablaufe des letzten ihm zugehörigen Tages.[9] Ist jedoch die Erwerbung eines Rechtes an eine bestimmte Zeit gebunden, so genügt der Anbruch des letzten Tages. Dies ist ausdrücklich vorgeschrieben für die Berechnung der Volljährigkeit und gilt auch für andere Fristen, welche Rechte an ein bestimmtes Alter knüpfen, so daß die höhere Rechtsfähigkeit mit Beginn des Geburtstages erworben ist.[10] In diesen Fällen wird also die Ungenauigkeit, welche darin liegt, daß man die 365 Tage des Jahres erst mit dem Tage nach dem Geburtstage zu zählen beginnt, nachträglich ausgeglichen.

4. Sonntage, allgemeine Feiertage, in gewissem Maße selbst Feiertage des Verpflichteten,[11] können die Nichtvornahme einer Rechtshandlung

---

4) Oben § 69 bei Anm. 4.

5) So L. R. I, 9 § 31. I, 11 §§ 204. 224. 289. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 2. Juli 1855. Entsch. Bd. 31 S. 189. Bei Handelsgeschäften jedoch werden unter Fristen von acht oder vierzehn Tagen für die Erfüllung volle acht oder vierzehn Tage verstanden nach H. G. B. Art. 328.

6) Die aus dem älteren deutschen Recht überkommene Bezeichnung von Jahr und Tag faßt das L. R. als die Zeit eines Jahres und eines Monates. L. R. I, 3 § 49. Das Landrecht schließt sich also nicht der Rechnung des sächsischen Rechtes von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen, sondern der lehnrechtlichen an, 1 feud. 22 verb. „ultra annum et mensem."

7) Dernburg Pandekten Bd. 1 § 89.

8) Hierauf bezieht sich die Bestimmung von L. R. I, 9 §§ 548. 549.

9) L. R. I, 3 § 47. I, 9 § 547.

10) L. R. I, 3 § 46. I, 5 § 18, z. B. für die Eideswürdigkeit, R. G. in Strafsachen Bd. 22 S. 29. Ueber römisches Recht vgl. Dernburg Pandekten Bd. 1 § 89.

11) Das L. R. I, 3 § 48 will den Feiertag des Verpflichteten beachtet haben; neuere Gesetze, z. B. W. O. Art. 92, H. G. B. Art. 329. 330, R. C. P. O. § 200 Abs. 2 berück=

entschuldigen oder gar unthunlich machen. Fällt daher ein Termin auf solche Tage, so verlegt er sich auf den nächsten Werktag.[12] Bei einer Frist dagegen werden jene Tage nicht ausgezeichnet, selbst wenn sie die Frist schließen; die fragliche Handlung muß daher am vorhergehenden Wochentage vollzogen werden.[13]

Erstes Kapitel.

Die Rechtsgeschäfte.

§71. Begriff. Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts.

Den Privaten steht es zu, ihre Verhältnisse, sowie diejenigen dritter Personen, zu deren Vertretung sie ermächtigt sind, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung freithätig nach subjektivem Belieben durch Willenserklärungen zu gestalten. Diese Willenserklärungen nennt man Rechtsgeschäfte.[1] Nicht selten bezeichnet man als Rechtsgeschäfte auch deren Ergebniß, also die so begründete Ordnung.

Die Rechtsgeschäfte sind ihrer Form nach entweder einseitige, oder sie sind mehrseitige, Verträge[2], ferner ihrem Zwecke nach bald Geschäfte

---

sichtigen nur die Sonntage und die allgemeinen Feiertage, zu welchen z. B. die jüdischen nicht zu rechnen sind, R. O. H. G. Bd. 2 S. 411. Allgemeine Feiertage sind beide Weihnachts-, Oster- und Pfingstfeiertage, Neujahrstag, Charfreitag, Himmelfahrtstag, der Bußtag, und in der Rheinprovinz der Allerheiligentag (1. November), Kab. O. vom 7. Februar 1837, vom 22. Juli 1839.

12) L. R. I, 3 § 48, W. O. Art. 92, H. G. B. Art. 329, A. G. O. I, 8 § 5. Anders wenn der Termin absichtlich — insbesondere wegen eines Nothfalles — auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag gesetzt ist, vgl. R. C. P. O. § 193 Abs. 3.

13) Dies bestimmt H. G. B. Art. 330 Abs. 2 für Handelsgeschäfte; dagegen verlegt jetzt die R. C. P. O. § 200 Abs. 2 die Endigung der Fristen auf den Ablauf des nächstfolgenden Werktages; ebenso W. O. Art. 92. Wie ist die Frage in Fällen zu beantworten, in welchen es an einer besonderen Vorschrift fehlt? Dann läuft eben die Frist, weil nichts Besonderes bestimmt ist, mit dem letzten Tage derselben ab. Präj. des O. Trib. n. 383.

1) Dem Landrecht ist der Begriff des Rechtsgeschäfts noch fremd. Es spricht im 4. Titel des 1. Theils „von Willenserklärungen". Die neuere Gesetzgebung, z. B. R. K. O. § 23, hat dagegen den Ausdruck aufgenommen. Vgl. über den Begriff Dernburg Pand. Bd. 1 § 91.

2) Die neuere Wissenschaft unterscheidet bestimmt Geschäfte, die nur auf dem Willen einer Person beruhen — z. B. Testamente — und solche, die nur eine Person verbinden oder belasten — z. B. Schenkungen, Verzichte. Nur die auf einer einseitigen Willenserklärung beruhenden Geschäfte nennt sie einseitige. Einseitig belastende können hierher gehören, müssen dies aber nicht, insbesondere fordern Schenkungen zum Abschluß einen Vertrag. Dem Sprachgebrauch des Landrechts ist diese scharfe Terminologie fremd. Insbesondere spricht L. R. I, 5 § 133 von einseitigen Willenserklärungen, meint damit aber einseitig belastende. — Der Begriff des Vertrages in L. R. I, 5 § 1 ist zu eng gefaßt. Verträge haben, wie überhaupt Rechtsgeschäfte, nicht bloß „Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts", sondern wie Begründung oder Beendigung, so auch Feststellung von Rechten zum Inhalt.

von Todeswegen,[3] bald solche unter Lebenden, endlich nach ihrem wirthschaftlichen Charakter entweder onerose — lästige —, oder lukrative — wohlthätige.[4]

Was sich als Rechtsgeschäft darstellt, kann gleichwohl der beabsichtigten Wirkungskraft entbehren. Es ist dies bald Folge der Nichtigkeit, bald bloßer Anfechtbarkeit des Geschäftes;[5] doch prägt sich diese Verschiedenheit im Sprachgebrauche des Landrechts nicht scharf aus.

a) Nichtig sind Geschäfte, welche zwar als abgeschlossen erscheinen, aber wesentlicher rechtlicher Voraussetzungen ermangeln. Es ist also Abgabe einer Willenserklärung und Wahrung der Form bis zu dem Maße vorausgesetzt, daß der Anschein des Geschäftes erwächst, ohne daß dasselbe rechtsgiltig entsteht.

Die Nichtigkeit ist entweder eine absolute oder eine relative. Das absolut nichtige Geschäft ist schlechthin zur Erzeugung der Rechtswirkungen unfähig, die es in Aussicht stellt, Niemand kann Rechte aus ihm herleiten, Jeder kann ihm entgegentreten. Relativ nichtige Geschäfte sind nach einigen Seiten, unter gewissen Umständen, zu Gunsten gewisser Personen nichtig, in anderen Beziehungen rechtsgültig. Im römischen Recht, dem vor Allem strenge Folgerichtigkeit maßgebend war, gestaltete sich die Nichtigkeit fast durchweg zur absoluten; das neuere und insbesondere das preußische Recht, welchem die Richtung auf den Nutzen bestimmend ist, behandelt sie häufig als relative.[6]

b) Das bloß anfechtbare Geschäft stellt an sich die beabsichtigte Ordnung her, kann aber durch den Willen eines dabei Betheiligten unwirksam gemacht oder beseitigt werden.[7] Die Mittel solcher Entkräftung sind theils Einreden, theils Klagen. Sie geht bald von den Vertragsparteien aus, bald von Dritten. Beispiele bilden Einreden wegen Mängel der Kaufsache, Widerruf einer Schenkung wegen Undankbar-

3) d. h. Geschäfte, welche den Zweck haben, die Verhältnisse unseres Vermögens wie auch sonstige unserer Verfügung unterstehende Beziehungen nach unserem Tode zu ordnen, vgl. auch unten Bd. 3 § 175 a. E.

4) L. R. I, 5 § 7 bezeichnet als lästigen Vertrag den, bei welchem die Parteien gegenseitig Verbindlichkeiten übernehmen. Dies ist zu eng, da begreiflich auch solche Geschäfte lästige sind, bei welchen man, um eine Forderung zu erwerben, etwas unmittelbar hingegeben hat, z. B. ein Darlehen ohne vorgängiges pactum de mutuo dando, wobei die vorgestreckte Summe obligandi, nicht solvendi causa gegeben wird.

5) Vgl. Savigny Bd. 4 S. 536 ff.

6) Relative Nichtigkeit tritt zu Gunsten der Konkursgläubiger gegenüber Rechtshandlungen des Gemeinschuldners während des Konkurses ein K. O. § 6. Ein weiterer Fall solcher Nichtigkeit wird, wie Eccius Bd. 1 S. 198 anführt, vom Strafgesetzbuch § 140 und der Strafproceßordnung §§ 325, 326 zu Gunsten der Staatskasse angeordnet.

7) Gegen den Begriff der bloßen Anfechtbarkeit Lenel Ursprung und Wirkung der Exceptionen, vgl. auch Leonhard Irrthum S. 301 Anm. 4.

keit, Anfechtung der Rechtshandlungen eines zahlungsunfähigen Schuldners durch seine Gläubiger.

c) Nichtigkeit und Anfechtbarkeit führen zu demselben Ziel, nämlich der Wirkungslosigkeit des geschlossenen Geschäftes. Gleichwohl ist der verschiedene Standpunkt, den das Recht bei beiden einnimmt, von Erheblichkeit. Das nichtige Geschäft wird, da es unfähig zur Begründung der erstrebten Rechtsfolge ist, durch Verzicht der Betheiligten auf Geltendmachung der Nichtigkeit nicht rechtsbeständig. Es kann ferner der Richter auf das Klagevorbringen, welches ein nichtiges Geschäft darlegt, eine Verurtheilung nicht gründen, auch wenn sich Beklagter nicht vertheidigt. Beides gilt bei den absolut nichtigen Geschäften schlechthin, bei den relativ nichtigen in beschränkterem Maße.[8] Nicht im Widerspruch steht, daß dann, wenn die Nichtigkeit nicht schon aus dem Klagevorbringen des Klägers erhält, dem Beklagten obliegt, die sie begründenden Thatsachen darzulegen und in der Regel auch zu beweisen. Dann mag der Unterschied von Nichtigkeit und Entkräftbarkeit weniger in die Augen fallen, er ist aber nicht aufgehoben. Von besonderer Wichtigkeit ist die Verschiedenheit im Verhältniß zu Dritten. Ist ein Veräußerungsgeschäft nichtig, so behält der Uebertragende die Eigenthumsklage auch gegen dritte Erwerber der Sache; im Falle bloßer Anfechtbarkeit hat er nur persönliche Ansprüche.

In der Regel bedarf man zur Geltendmachung der Nichtigkeit einer besonderen Nichtigkeitsklage nicht. Daher kann man die aus dem nichtigen Geschäft abgeleitete Klage zurückweisen und zwar je nach der Sachlage durch bloße Berufung auf die Nichtigkeit oder durch Vorschützen von Einreden. Man ist ferner nicht selten in der Lage, aus einem Verhältnisse, das Ansprüche begründet, Klage zu erheben und das nichtige Geschäft, welches ihr entgegengestellt wird, im Wege der Replik zu bekämpfen. Dem bei der Nichtigkeit Betheiligten steht indessen auch die Nichtigkeitsklage offen. Dieselbe ist eine Unterart der Feststellungsklage. Sie bringt die Mängel des Geschäftes zur richterlichen Anerkennung und räumt den Anschein desselben hinweg.[9]

Nothwendig ist die Erhebung der Klage gegenüber einer Ehe. Es wird unterschieden die Nichtigkeitsklage für Fälle absoluter Nichtigkeit der Ehe, die im öffentliche Interesse auch durch den Staatsanwalt geltend gemacht werden kann, und die Ungültigkeitsklage in Fällen relativer, bloß durch den Verletzten geltend zu machender Nichtigkeit.[10]

---

8) Eccius Bd. 1 § 112 Anm. 18, unten Bd. 2 § 114 Anm. 14.

9) Vgl. R. C. O. § 231. Ueber die Aktivlegitimation zur Klage vgl. R. G. Bd. 4 S. 253 ff.

10) Vgl. unten Bd. 3 § 8. Daher kann sich, wer in nichtiger oder ungültiger Ehe lebt, vor Erwirkung eines rechtskräftigen Erkenntnisses über die Nichtigkeit oder Ungültig-

Auch ein nichtiges rechtskräftiges Urtheil kann nur im Wege der Nichtigkeitsklage entkräftet werden.[11]

d) Nichtigkeit wie Anfechtbarkeit können einen bloßen Theil des Geschäftsinhalts betreffen. Das nicht Betroffene ist dann aufrecht zu erhalten, sofern es sich nach den Intentionen der Parteien beim Geschäftsschluß und dem Willen des Gesetzes vom Ungültigen trennen läßt.[12]

e) Das nichtige Geschäft erhält nicht dadurch Kraft, daß sich die Umstände ändern, welche dessen Nichtigkeit verschuldeten. Es bedarf besonderer Gründe zur Annahme einer Konvalescenz.[13] [14]

I. Die Handlungsfähigkeit.

§ 72. Allgemeines.

1. Die Handlungsfähigkeit, also die Befähigung, durch eigene Handlungen seine rechtlichen Verhältnisse zu gestalten, ist ein Bestandtheil der vollen Rechtsfähigkeit. Sie kann jedoch fehlen oder beschränkt sein theils aus natürlichen Gründen, theils in Folge positiver Rechtsvorschriften.

Aus Gründen der ersten Art sind schlechthin unfähig Kinder unter sieben Jahren, und in minderem Maße andere Minderjährige, ferner in demselben Umfange wie Minderjährige über sieben Jahre unter Vormundschaft gestellte Taube, Stumme und Blinde.[1] Auf natürlichem Grunde beruht auch die Unfähigkeit der Geisteskranken, während die Unfähigkeit des Verschwenders in positiver Gesetzesbestimmung wurzelt. In Folge ihrer Familienstellung ist die Verpflichtungsfähigkeit der Ehefrauen und der Hauskinder beschränkt; Militärpersonen, welche nicht zu den Stabsofficieren gehören, sind bei Aufnahme von Kredit an die Genehmigung ihrer Vorgesetzten gebunden.[2]

---

keit nicht mit einem Dritten verheirathen, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 34; er verfiele sonst in die Strafe der Bigamie, Strafgesetzbuch § 171.

11) Vgl. R. C. P. O. §§ 541. 568.

12) Die Regel utile per inutile non vitiatur — l. 1 § 5 D. de V. O. 45, 1 — enthält hiernach keine allgemeine Wahrheit. Nicht richtig ist insbesondere für das preußische Recht der Satz von Eccius Bd. 1 S. 198 „wenn die Nichtigkeit sich in der Ueberschreitung eines quantitativen Maßes äußert, so bleibt das Geschäft innerhalb der zulässigen Quantität gültig.“ Vgl. oben § 55 Anm. 13, unten Bd. 2 § 37 Ziff. 3, Bd. 3 § 5 Anm. 3.

13) l. 29 D. de R. J. 50, 17: quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere vgl. oben § 31 Ziff. 2. Vgl. übrigens unten § 72 Anm. 9.

14) Ueber Konversion vgl. unten § 94 Anm. 3.

1) L. R. I, 5 § 24 ff. in Verbindung mit Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 81 unter 3. Blinden und Taubstummen soll übrigens, wenn sie nicht bevormundet sind, bei gerichtlichen Verhandlungen ein Beistand gegeben werden, L. R. II, 18 § 18, A. G. O. II, 3 §§ 7. 8.

2) Vgl. unten Bd. 2 § 177. Das Gesetz vom 29. Mai 1879 verfügt in § 1: die Eigenschaft eines Studierenden begründet keine Ausnahme von den Bestimmungen des allgemeinen Rechtes. Damit ist L. R. II, 12 § 99 ff. beseitigt.

Die von einem Handlungsunfähigen abgegebene Rechtserklärung ist bald relativ[3] nichtig, bald nur der Art unvollkommen, daß sie von einer Genehmigung abhängig ist.[4] [5] Der Regel nach gewinnt die Handlung dadurch keine Kraft, daß der Erklärende hinterher die früher mangelnde Fähigkeit erwirbt. Es gilt dies an sich auch für letztwillige Verfügungen. Nach einer besonderen Bestimmung des preußischen Rechtes sollen jedoch letztwillige Verfügungen konvalesciren, wenn die Unfähigkeit nur auf dem Verbote eines positiven Gesetzes beruht.[6] Anerkennung des nichtigen Geschäftes durch den früher Handlungsunfähigen nach Erwerb der Handlungsfähigkeit ist zwar möglich, sie begründet aber nur ein neues Rechtsverhältniß, verlangt in der Regel die Formen eines neuen Geschäftes, also auch Ausdrücklichkeit und wirkt der Regel nach nicht zurück.[7]

Hat sich der Unfähige fälschlich für geschäftsfähig ausgegeben und den andern Theil zum Abschluß des Geschäfts verleitet, so ist dasselbe gleichwohl nicht rechtsbeständig. Wie weit dem hierdurch beschädigten anderen Theil aber wegen der Verschuldung des Handlungsunfähigen eine Schadensersatzklage zusteht, bemißt sich nach dessen Zurechnungsfähigkeit bezüglich außerkontraktlicher Vergehen.[8]

2. Von der Handlungsunfähigkeit ist zu unterscheiden der Mangel des Rechtes zur Verfügung über den Gegenstand des Geschäftes, welcher in dem Fehlen des Eigenthums an demselben, oder auch in einer Beschränkung, z. B. durch Arrest oder Konkurseröffnung, liegen kann. Ein solcher Mangel der nothwendigen Verfügungsmacht im Augenblick des Abschlusses hindert zwar das Geschäft, so daß nur persönliche Ansprüche des andern Theils auf Schadloshaltung entstehen können. Dasselbe konvalescirt jedoch,[9] wenn der Verfügende hinterher die früher fehlende Verfügungsmacht gewinnt.[10]

---

3) Es gilt dies bezüglich der Ehe von nicht ehemündigen Personen L. R. II, 1 § 990, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 36.

4) Vgl. insbesondere unten § 74.

5) Zahlung Seitens des Unfähigen vor gehobener Unfähigkeit kann nach der Natur der Sache zurückgefordert werden. Hiermit stimmt nicht die Bestimmung von L. R. II, 2 § 138 bezüglich der großjährigen Haussöhne; vgl. unten Bd. 3 § 52 a. E.

6) L. R. I, 12 §§ 12. 13, vgl. unten Bd. 3 § 104 a. E.

7) L. R. I, 5 §§ 37. 38. L. R. I, 20 §§ 18. 19, vgl. unten § 81.

8) L. R. I, 5 § 42 ff. Gesetz vom 12. Juli 1875 § 7. Durch dieses Gesetz ist L. R. I, 5 § 34 aufgehoben, wonach der Anspruch nie berücksichtigt werden sollte, wenn sich ein Minderjähriger unter 18 Jahren für volljährig ausgab.

9) L. R. I, 20 §§ 16. (vgl. unten § 355 Anm. 2) 17. 76. 406; es liege denn eine unerlaubte Handlung zu Grunde, L. R. I, 5 § 50. Ob durch § 5 des Eigenthumsgesetzes vom 5. Mai 1872 die Konvalescenz von Hypotheken ausgeschlossen ist, darüber vgl. unten § 318 unter 3.

10) Das römische Recht half durch exceptio rei venditae et traditae, actio hypothecaria utilis.

§ 73. Besonderes. Alter.

Unentwickelte Rechtszustände begnügen sich mit einer einzigen Altersgrenze, welche die Jahre der Handlungsunfähigkeit von der Zeit der Fähigkeit trennt.[1] Dagegen berücksichtigt das spätere, feiner gegliederte Recht das stufenweise Fortschreiten der Intelligenz und Willenskraft des Heranwachsenden. Im Anschlusse an das ausgebildete römische unterscheidet auch das preußische Recht drei Stufen: die der Kindheit, der Geschlechtsunreife oder Unmündigkeit, endlich der Jugendzeit oder Minderjährigkeit.

Die Kindheit umfaßt, wie bei den Römern,[2] die sieben ersten Lebensjahre; die Unmündigkeit begreift,[3] unter Fallenlassen des römischen Unterschiedes zwischen Weibern, die in Rom schon mit dem 12. Lebensjahre mündig wurden, und Männern, die ersten 14 Lebensjahre; die Minderjährigkeit endlich reicht nach der neuesten Gesetzgebung[4] im Anschluß an älteres deutsches Recht bis zum 21. Jahre, anstatt der 25 Jahre des römischen und der 24 Jahre des Landrechts.[5] Jedoch wird der Regent nach den Hausgesetzen der königlichen Familie, auf Grund der Verfügung der goldenen Bulle[6] über die Volljährigkeit der Kurfürsten, mit dem achtzehnten

1) Das ältere römische Recht schied einzig Pubertät und Impubertät; das ältere deutsche Recht die Mündigkeit und die Unmündigkeit, welche regelmäßig bis zum zwölften Jahre dauerte, mit welchen man „zu seinen Jahren" kam; schon der Sachsenspiegel I, 42 § 1 jedoch kannte eine zweite Altersstufe, die Zeit bis zum 21. Jahre, mit welchem man „zu seinen Tagen" kam.

2) l. 1 § 2 D. de adm. tut. 26, 7.

3) L. R. I, 1 § 25.

4) Gesetz vom 9. December 1869. Reichsgesetz vom 17. Februar 1875.

5) L. R. I, 1 § 26. Was die vorlandrechtlichen Zustände anlangt, so galt in den zahlreichen Landestheilen, in welchen das sächsische Recht Geltung hatte, auf Grund des Sachsenspiegels der 21jährige Termin. Dies unter Anderem in der jetzigen Provinz Preußen. In anderen Gebietstheilen, insbesondere in der Mark Brandenburg, war dagegen der 25jährige Termin des römischen Rechtes aufgenommen worden, Vormundschaftsordnung vom 23. September 1718 § 54, jedoch sollte der Adel nach einem Edikte vom 18. Juli 1746 — unter Beschränkung der Verfügung über Immobilien und Kapitalien nach dem Edikt vom 14. Mai 1749 — schon mit dem 20. Jahre volljährig werden, cont. III, S. 83, IV, S. 152. Hiernach bestimmte noch das Projekt des corp. jur. Frideric. part. I, lib. 3 tit. 13 § 10 die Sache. Im Entwurfe des Gesetzbuches von 1784 Th. 1. III, 6 §§ 7 und 9 waren dagegen für Bauern, Künstler und Handwerker 21 Jahre, für andere Personen 25 Jahre vorgesehen. Auch gingen die Vorschläge von Carmer im Immediatberichte vom 3. November 1790 auf einen 24jährigen Zeitraum für den Adel, einen 21jährigen für Nichtadelige. Durch Kabinetsordre vom 5. Novbr. 1790 wurde indeß jenen Vorschlägen zuwider die Volljährigkeit allgemein auf das 24. Jahr gesetzt. Suarez in Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 1. Dabei erhielten sich zunächst die provinzialrechtlichen Bestimmungen über die Volljährigkeit, insbesondere die provinzielle 21jährige Volljährigkeit. Erst die Kabinetsordre vom 16. Juni 1806 machte die landrechtliche Altersgrenze zur allgemeinen Norm mit Beseitigung provinzialrechtlicher Abweichungen. Die Volljährigkeit der Juden trat mit dem 20. Jahre ein, L. R. Anh. § 3 zu I, 1 § 26; dies besondere Recht wurde letztlich durch § 1 des Gesetzes vom 23. Juli 1847 beseitigt.

6) Die goldene Bulle Kap. 7 § 4 hatte übrigens nicht den Zweck, die Mündigkeit für die Kurfürsten früher, als sonst gewöhnlich, herbeizuführen, vielmehr im Gegentheile, sie auf das achtzehnte Jahr hinauszuschieben.

Jahre volljährig.[7] Wie nach römischem Rechte ist bei allen Altersbestimmungen das vollendete Jahr gemeint.[8] Die Steigerung der Rechtsfähigkeit tritt schon mit dem Beginne des Geburtstages ein.[9]

Wenn auch die Rücksicht auf Praktikabilität zwingt, bei Abgrenzung der Handlungsfähigkeit der Heranwachsenden für die Regel mit Durchschnittszahlen zu operiren, so ist das Recht doch im Stande, der voraneilenden Reife Einzelner durch gerichtliche Großjährigkeitserklärung Rechnung zu tragen.[10] Das zuständige Vormundschaftsgericht kann nämlich Personen über achtzehn Jahren für volljährig erklären,[11] wenn der Minderjährige die Reife hat, seinen Geschäften umsichtig vorzustehen. Hierüber hat das richterliche Ermessen nach vorgegangener Sachprüfung zu befinden. Die Großjährigkeitserklärung ist an die Einwilligung des Minderjährigen und, wenn es sich um ein Hauskind handelt, an die Einwilligung des Vaters gebunden.[12] Sie vollendet sich mit Zustellung des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts über die Großjährigkeitserklärung an den bisher Minderjährigen.[13] Die für großjährig Erklärten haben die Rechte der Großjährigen unbeschränkt und unbeschränkbar.[14] Rechte, welche an die Vollendung des einundzwanzigsten Jahres als solchen geknüpft sind, haben sie nicht.[15] [16]

---

7) Aehnliches gilt auch nach den Hausgesetzen der früheren Reichsunmittelbaren, denen in Preußen eine autonome Kraft beiwohnt, vgl. oben § 29 Anm. 5. Die betreffenden Bestimmungen sind als Specialrecht auch durch das Volljährigkeitsgesetz vom 9. December 1869 und durch das Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 nicht aufgehoben, denn es ist anzunehmen, daß die allgemeinen Normen der Reichsgesetze Sonderrechte nicht treffen; sofern sie die Derogation nicht ersichtlich bezwecken, vgl. oben § 30 Anm. 3. Anders Dernburg Vormundschaftsrecht § 39 und Mandry civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 3, auch Eccius Bd. 1 § 19 Anm. 31, der „offenbaren Widerspruch" mit dem Reichsgesetz findet.

8) L. R. I, 4 §§ 20. 21.

9) Die Berechnung ist natürlich die civile, L. R. I, 5 § 18; oben § 70 bei Anm. 9.

10) In Rom war die venia aetatis ein Privilegium, welches nur der Kaiser ertheilte, in Deutschland wird sie von der Obervormundschaft als Maßregel der Rechtsverwaltung gewährt.

11) V. O. § 61.

12) An die Entlassung des Minderjährigen aus der Gewalt durch gerichtlich verlautbarte Erklärung des Vaters knüpft sich nicht mehr, wie nach L. R. II, 2 § 216 die Großjährigkeit, vgl. unten Bd. 3 § 48.

13) So Präj. des O. Trib. n. 1274, R. O. H. G. Bd. 6 S. 317 ff.

14) V. O. § 98 Abs. 1.

15) Wenn V. O. § 98 Abs. 1 — ähnlich wie L. R. II, 18 § 724, vgl. aber über das ältere Recht auch § 725 a. a. O. — erklärt: „die für großjährig Erklärten haben alle Rechte der Großjährigen", so wird hiermit nichts darüber bestimmt, ob der Großjähriggesprochene solche Zuwendungen in Anspruch nehmen kann, welche durch Vertrag oder letztwillige Verfügung an das Alter der Großjährigkeit geknüpft sind. Es ist dies vielmehr Frage der Auslegung vgl. oben § 31 Anm. 10. Justinian hat die Frage schlechthin verneint, l. 4 C. de his qui veniam aetatis 2, 45, doch trifft die Verneinung keineswegs schlechthin zu.

16) L. R. II, 18 §§ 698—704 gestattete dem Vater eine Verlängerung der Minderjährigkeit um höchstens 6 Jahre; dem römischen und gemeinen Recht war eine Ver-

§ 74. Fortsetzung. Abstufungen der Handlungsfähigkeit.

Schon das gemeine Recht hat die römischen Rechtsbestimmungen über die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen wesentlich umgestaltet, indem es die mündigen und die unmündigen, ferner die gewaltfreien und die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen in wichtigen Beziehungen gleichstellte. Weitere Abänderungen traf das preußische Recht:

1. Kinder, also Minderjährige, welche das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind wie nach römischem Rechte zum Abschluß von Rechtsgeschäften unfähig, mögen dieselben vortheilhaft oder nachtheilig sein, da ihnen die Einsicht in die Bedeutung solcher Geschäfte verschlossen ist.[1] Schenkungen kann aber nach Landrecht jeder Dritte für ein Kind annehmen.[2]

2. Mündige Minderjährige haben das Recht, ihr religiöses Bekenntniß selbst zu bestimmen;[3] sie sind ferner zu einseitigen letztwilligen Verfügungen befugt.[4] [5] Ehefähig wird man aber nach jetzigem deutschen Recht nicht, wie nach römischem und kanonischem Recht mit dem Alter der Mündigkeit, vielmehr tritt die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechts erst mit dem 20. Lebensjahre, die des weiblichen Geschlechtes mit dem 16. Lebensjahre ein; Dispensation ist zulässig.[6] In einigen Beziehungen ist das 18. Jahr von Erheblichkeit.[7]

3. Bezüglich der Geschäfte der Minderjährigen über 7 Jahren unter Lebenden giebt die Norm das für die ganze Monarchie erlassene Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875.[8] [9]

Dasselbe unterscheidet nicht mündige und unmündige Minderjährige; ebensowenig solche, die unter Vormundschaft oder väterlicher Gewalt stehen.

---

längerung unbekannt. Sie ist mit dem Inkrafttreten der V. O. nach § 61 Abs. 1 weggefallen; oben § 31 bei Anm. 8.

1) L. R. I, 4 § 20. Gesetz betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875 § 1, vgl. l. 1 § 13 D. de obl. et act. 44, 7.

2) L. R. I, 11 § 1060, unten Bd. 2 § 162 bei Anm. 5.

3) L. R. II, 2 § 84, vgl. auch II, 2 § 111 (Wahl des Berufs).

4) L. R. I, 12 §§ 16. 17. l. 5 D. qui testamenta facere possunt 28, 1.

5) Nach A. G. O. I, 10 § 230 Ziff. 13 trat die Eidesmündigkeit mit dem vierzehnten Jahre, nach den Reichsjustizgesetzen tritt sie mit dem sechszehnten Jahre ein. R. C. P. O. §§ 358. 435. St. P. O. § 56 unter 1.

6) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 28. Vgl. unten Bd. 3 § 15. Eheliche Kinder bedürfen zur Eheschließung, so lange der Sohn das fünfundzwanzigste, die Tochter das vierundzwanzigste Jahr nicht vollendet hat, der Einwilligung des Vaters, vaterlose und uneheliche Kinder derjenigen der Mutter, und so lange sie minderjährig sind, des Vormundes. Citirtes Gesetz §§ 29. 30. Vgl. unten Bd. 3 § 14.

7) Die s. g. plena pubertas der Römer, L. R. I, 1 § 20, I, 12 § 17. V. O. § 55 Abs. 3 — vgl. L. R. II, 18 §§ 240. 560. — V. O. § 61, siehe oben § 73 bei Anm. 7.

8) Ueber das römische und gemeine Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 1 §§ 53 u. 54.

9) Einen besonderen Schutz haben die Minderjährigen in Folge des Strafgesetzbuches §§ 301. 302, und des dasselbe als § 302[a] — 302[d] ergänzenden Reichsgesetzes vom 24. Mai 1880 betreffend den Wucher. Mit öffentlicher Strafe wird unter Andern

Nach demselben sind nämlich Minderjährige über 7 Jahre fähig, durch Geschäfte, bei welchen sie nichts aufgeben, zu erwerben und sich von Verbindlichkeiten zu befreien; auch konservatorische Maßregeln zu ergreifen, z. B. Protestationen gegen eine Klagenverjährung. Dagegen bedürfen sie zu Rechtsgeschäften, mittels deren sie Verbindlichkeiten übernehmen, oder Rechte aufgeben, Genehmigung ihres Vaters, Vormundes oder Pflegers.[10] Die Genehmigung kann formlos sein, dem Abschluß des Geschäftes vorgehen oder ihm nachfolgen. Eine allgemeine Ermächtigung zu Rechtshandlungen ist aber unzulässig, da hierin eine unstatthafte Uebertragung der Rechte Großjähriger auf einen Minderjährigen liegen würde. Die Genehmigung kann nicht zu solchen Geschäften gültigerweise ertheilt werden, deren Vornahme dem Genehmigenden selbst nicht zustünde. Die fehlende Genehmigung wird dadurch ersetzt, daß der Minderjährige das Geschäft nach erlangter Selbständigkeit anerkennt.[11]

Die nachfolgende Genehmigung giebt dem Geschäfte rückwärts hin vom Augenblick des Abschlusses an Geltung.

Es kann dem Minderjährigen vom Vater, oder unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vom Vormund der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäftes verstattet werden. Dadurch wird er zur selbständigen Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte befugt, welche der Betrieb des verstatteten Erwerbsgeschäfts mit sich bringt.[12] Minderjährige, welche mit Genehmigung des Vaters oder Vormundes in Dienst oder Arbeit treten, sind selbständig zur Eingehung und Auflösung von Dienst oder Arbeitsverhältnissen der genehmigten Art befugt.[13]

Die Minderjährigen sind insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten können.[14]

---

belegt, wer in gewinnsüchtiger Absicht unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich Zahlungsversprechen ausstellen läßt; schwerere Strafe ist angedroht, wenn das Ehrenwort, eidliche Versicherung und dergleichen in Anspruch genommen ist. Der Verpflichtungsakt ist ungültig, vgl. unten § 78 und unten Bd. 2 § 292 bei Anm. 9, siehe übrigens Mandry Reichsgesetze S. 16.

10) Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger § 2, Dernburg B. R. § 42, unten Bd. 3 § 52.

11) Citirtes Gesetz § 3, Dernburg B. R. § 42, unten Bd. 3 § 52 Anm. 21. In der Klageerhebung liegt Genehmigung R. G. Bd. 3 S. 332.

12) Citirtes Gesetz § 5, vgl. L. R. I, 5 § 20, Dernburg a.a.O. § 42. Das Gleiche nimmt für das Rechtsgebiet des gemeinen Rechtes an Roth d. P. R. Bd. 1 § 65 Anm. 26.

13) Citirtes Gesetz § 6, vgl. L. R. I, 6 § 21, Dernburg B. R. § 44. Gleichwohl ist in Folge seines Erziehungsrechtes der Vater sowie der Vormund richtiger Ansicht nach befugt, stets das Dienstverhältniß aufzuheben, wenn das leibliche oder moralische Wohl des Minderjährigen durch dasselbe gefährdet ist.

14) Dies ist das allgemeine Princip der R. C. P. O. § 51. Zuschiebung und Zurückschiebung von Eiden ist an Minderjährige über 16 Jahre zulässig, mögen sie selbst oder durch Vertreter ihre Prozesse führen, wenn es sich um eigene Handlungen oder Wahrnehmungen derselben handelt und öffentliche Interessen nicht entgegenstehen,

Das von dem Minderjährigen ohne Ermächtigung eingegangene zweiseitige Geschäft ist bis zur Ertheilung derselben noch nicht fertig;[15] der andere Theil ist aber einseitig gebunden, bis sich die Frage der Genehmigung erledigt hat.[16] [17] Nach L. R. konnte derselbe dem Vormund oder Vater des Minderjährigen eine angemessene Frist zur Erklärung über die Genehmigung oder deren Verweigerung setzen. Das Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger aber hat, vorbehaltlich anderweiter Verabredung, die Frist auf 2 Wochen von ergangener Aufforderung an gestellt.[18] Nichterklärung während der Frist gilt als Ablehnung.

Wegen ihrer schuldhaften Handlungen sind Minderjährige je nach ihrer Zurechnung haftbar. Schlechthin treten sie in gesetzliche Verpflichtungen, z. B. aus außerehelicher Schwängerung.

§ 75. Wahnsinn und Blödsinn.

Die verschiedenen Formen der Geisteskrankheit als Melancholie, Manie, Sinnlosigkeit kommen für die Handlungsfähigkeit einzig durch das gemeinsame negative Moment der Störung von Einsicht und Willen in Betracht; daher ist vom rechtlichen Standpunkte aus nur zu unterscheiden zwischen völliger Entziehung und abnormer Beschränkung oder Verwirrung der Einsicht. Völlige Vernunftlosigkeit nennt das Landrecht Wahnsinn, beschränkte Blödsinn.[1]

a) Der Wahnsinn vernichtet die Handlungsfähigkeit schlechthin,[2] was indessen die Fähigkeit, in lichten Augenblicken zu handeln, nicht aus-

---

R. C. P. O. §§ 391. 435 Abs. 2, Bülow bei Gruchot Bd. 23 S. 286. Vgl. auch unten Bd. 3 § 9 Anm. 6.

15) Sie sind daher noch stempelfrei R. G. in Strafsachen Bd. 10 S. 256.

16) Vgl. L. R. I, 5 § 11 ff. Dieselben Grundsätze sind anwendbar auf Verträge, welche eine Ehefrau ohne Konsens ihres Ehemannes schloß, wie auch auf andere s. g. hinkende Verträge.

17) Kann das Geschäft vor dem Antrage des andern Theils an den Vormund oder Vater von dem Minderjährigen wieder aufgehoben werden? Dies ist zu verneinen, da immerhin ein wenn auch noch unvollkommener Anspruch erworben ist, welchen der Minderjährige allein nicht aufgeben kann. Anders Präjudiz des O. Trib. Nr. 1862. Vgl. dagegen die mit unserer Ansicht übereinstimmende Abhandlung von Paris bei Gruchot Bd. 23 S. 336 ff.; ferner Eccius Bd. 1 § 26 Anm. 8 gegen Förster a. a. O.

18) Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger § 4.

1) L. R. I, 1 §§ 27 u. 28: „Rasende und Wahnsinnige heißen diejenigen, welche des Gebrauches ihrer Vernunft gänzlich beraubt sind. Menschen, welchen das Vermögen, die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen, ermangelt, werden blödsinnig genannt.“ Der legale Sprachgebrauch sucht also den Gegensatz zwischen Wahnsinn und Blödsinn in der gänzlichen oder theilweisen Verdunkelung der Vernunft; der gewöhnliche und medicinische Sprachgebrauch bezeichnet als „Wahnsinnige“ auch diejenigen Personen, welche an Wahnvorstellungen leiden, die ihnen im Uebrigen den Vernunftgebrauch nicht entziehen. Vgl. noch L. R. I, 4 §§ 23—27, A. G. O. I, §§ 1—8. Von „Geisteskrankheit“ spricht R. C. P. O. § 593.

2) Wahnsinn hebt nur die Handlungsfähigkeit des Wahnsinnigen, nicht dessen Rechte auf. Hieraus zog das römische Recht die Folgerung, daß sich auch die väterliche

schließt.[3] Ist aber der Wahnsinnige einmal gerichtlich entmündigt, so wird fortan — abweichend vom römischen Rechte — auf lichte Augenblicke keine Rücksicht genommen, selbst vollständige Wiederherstellung kommt nicht in Betracht, ehe die gerichtliche Aufhebung der Entmündigung erfolgt ist.[4]

b) Blödsinnige, also geistig Beschränkte, gelten den Unmündigen gleich.[5]

Für die Entmündigung ist das Amtsgericht, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.[6] Der Antrag kann vom Ehegatten, von Verwandten, einem Vertragserben und dem Altersvormund des Geisteskranken, wie auch von dem Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgericht ausgehen.[7] [8] Nach gemeinem Recht wurde über die Entmündigung in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit verhandelt und durch Beschluß entschieden; nach preußischem Recht bedurfte es eines Civilprozesses und eines förmlichen rechtskräftigen Erkennt-

---

Gewalt des Wahnsinnigen über seine Kinder erhalte, l. 8 de his, qui sui 1, 6. Hingegen nach L. R. II, 2 § 261 ruht während der Geisteskrankheit des Vaters die väterliche Gewalt, da es dieselbe als eine Art vormundschaftlicher Verwaltung auffaßt, für welche Handlungsfähigkeit des Vaters nothwendig ist.

3) L. R. I, 4 §§ 24. 25, l. 2 C. de contr. emtione 4, 38.

4) L. R. I, 4 § 25, I, 12 § 21. Anders bei der Eheschließung, vgl. unten Bd. 3 § 13 Anm. 6. Beim Blödsinn ist von lichten Zwischenräumen keine Rede R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 920.

5) Nach L. R. I, 1 § 29. L. R. I, 4 § 26 spricht dies nur für bevormundete Blödsinnige aus, für nicht bevormundete Blödsinnige wird im § 27 verordnet: „wenn auch der Blödsinnige noch nicht unter Vormundschaft gesetzt ist, so gilt doch die Vermuthung, daß derjenige betrügerisch gehandelt habe, welcher durch die Willenserklärung mit dem Schaden desselben sich zu bereichern sucht." Die Bedeutung dieser Bestimmung ist sehr bestritten. Nach der einen Ansicht ist sie die Anfechtung beschränkend. Es ist hiernach für die Anfechtung der Nachweis des Blödsinnes zur Zeit der betreffenden Willenserklärung nothwendig und außerdem Bereicherung des Einen mit dem Schaden des Anderen. Dies würde den Intentionen von Suarez bei Umarbeitung des Entwurfes des Gesetzbuches entsprechen. Nach dem R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 920 soll dagegen der Sinn sein, daß aus der späteren Entmündigung wegen Blödsinns auf Blödsinn während des Geschäftsschlusses gefolgert werden müsse. Dies kann keinenfalls gelten, wenn der Geschäftsschluß lange Zeit zurückliegt. Eccius Bd. 1 § 26 Anm. 5. Am richtigsten ließe man den dunkeln § 27 auf sich beruhen.

6) R. C. P. O. § 594 Abs. 1, vgl. A. G. O. I, 38 § 3. Ein Deutscher, welcher seinen Wohnsitz im Ausland hat, kann vom Amtsgericht seines letzten Wohnsitzes im Reich entmündigt werden, R. C. P. O. § 594 Abs. 2. Vgl. überhaupt Daude das Entmündigungsverfahren 1882. Ueber die Unterbringung noch nicht entmündigter Geisteskranker in Privatirrenanstalten vgl. das bei Kayser die Reichsjustizgesetze S. 476 abgedruckte Reskript vom 10. December 1882.

7) R. C. P. O. § 595, A. G. O. I, 38 § 2, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 38 S. 308. Gegen die Ehefrau kann nur der Ehemann, gegen das Hauskind nur der Vater, gegen den Mündel nur der Vormund den Antrag stellen und in allen Fällen der Staatsanwalt.

8) Der nächste Zweck der Entmündigung ist Feststellung der Handlungsunfähigkeit, Einleitung einer Vormundschaft ist nur deren Folge. Daher ist auch hinsichtlich solcher Personen, welche unter Altersvormundschaft oder ehemännlicher oder väterlicher Gewalt stehen und daher eines curator furiosi nicht bedürfen, das Entmündigungsverfahren zulässig. Vgl. § 74 Anm. 7.

nisses.[9] War daher der Antrag durch bestimmte, denselben nach richterlichem Ermessen begründende Thatsachen bescheinigt, so war dem Provokaten ein Prozeßkurator zu bestellen, welcher die Vertheidigung für ihn führte, und eine zweiseitige Verhandlung ermöglichte. Die Reichscivilprozeßordnung[10] schlägt einen Mittelweg ein. Die Verhandlung geschieht auf Antrag beim Amtsgericht im Wege eines Officialverfahrens, ohne daß die Formen des Prozesses einzuhalten sind; es wird über die Entmündigung durch Beschluß entschieden. Der Beschluß der Entmündigung ist dem Vormundschaftsrichter und dem etwaigen gesetzlichen Vormund des Entmündigten mitzutheilen; er tritt mit der Mittheilung an den Vormundschaftsrichter in Kraft. Der Antragsteller und der Staatsanwalt, welchen der ablehnende wie der entmündigende Beschluß zuzustellen ist, haben das Recht der sofortigen Beschwerde gegen denselben. Außerdem ist eine Art von actio popularis zur Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses durch Klage beim Landgericht gegeben, für welche als Kläger legitimirt sind der Entmündigte, dessen Ehegatte, Verwandte, Vormund und der Staatsanwalt, als Beklagter der Staatsanwalt, und wenn dieser der Anfechtende ist, der Vormund des Entmündigten. In solchen Prozessen wird schlechthin Wahrheit erstrebt, daher ist der Parteieid ausgeschlossen.[11]

Das die Entmündigung auf Grund der Anfechtungsklage aufhebende Urtheil wirkt insofern erst mit Eintritt der Rechtskraft, als die der Zwischenzeit angehörenden Handlungen des Vormundes rechtsbeständig bleiben; indessen gelten die in der Zwischenzeit vom Entmündigten selbst ausgegangenen Handlungen ebenfalls als rechtsbeständig, unbeschadet der Gültigkeit der Handlungen des Vormundes.[12]

Der Antrag auf Wiederaufhebung einer Entmündigung durch das Amtsgericht kann jederzeit vom Entmündigten, dessen Vormund oder dem Staatsanwalt gestellt werden.[13] Dieselbe geschieht durch Beschluß. Geht der Beschluß auf Aufhebung, so ist Beschwerde des Staatsanwaltes zulässig. Geht er auf Ablehnung, so steht dem Entmündigten, dessen Vormund, dem Staatsanwalt Klage — actio popularis — behufs seiner Anfechtung beim Landgerichte offen.

Während des Verfahrens liegt dem Richter die Sorge für die Sicherstellung des Vermögens durch einstweilige Verfügungen ob.[14]

---

9) A. G. O. I, 38 § 8.
10) R. C. P. O. § 593 ff.
11) Vgl. außerdem unten § 135.
12) R. C. P. O. § 613
13) R. C. P. O. § 616 ff.
14) Vgl. Anh. § 284 zu A. G. O. I, 38 § 5. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 4. Das Gericht hat also für entsprechende Vermerke im Grundbuche, Ablieferung der Werthpapiere an die Hinterlegungsstelle zu sorgen. Hat der zu Entmündigende

§ 76. Verschwendung.

Schon das römische Recht[1] suchte gegen die weitgezogene privatrechtliche Selbständigkeit ein Gegengewicht in Interdiktion der Verschwender. Vorausgesetzt ist ein Hang des Verschwenders zu unverständigem Verthun seines Vermögens, wodurch seine Verarmung zu befürchten ist.[2] Das römische Recht aber entzog dem interdicirten Verschwender nur die Verwaltung seines Vermögens; das preußische Recht stellt den erklärten Verschwender[3] auch persönlich unter die Gewalt des Vormundes, welcher denselben sogar durch Zwangsmittel zu solidem Leben und Arbeiten anhalten soll.[4] [5]

Die Entmündigung hindert den Entmündigten nur an der Vornahme verpflichtender Akte und an Veräußerungen,[6] nicht am Erwerb von Vortheilen.[7] Auch werden Verschwender wie die Minderjährigen durch ihre Vergehen und durch gesetzliche Obligationen verpflichtet; daher haften sie auch den Mitkontrahenten für Schadensersatz, wenn sie sich wider besseres Wissen beim Vertragsschlusse für vollberechtigt ausgaben.[8]

Bevollmächtigte ernannt, so ist dasselbe nach Lage der Umstände berechtigt und verpflichtet, die Vollmacht zurückzunehmen u. s. f. Das Vormundschaftsgericht kann ferner nach V. O. § 90 eine Pflegschaft anordnen. Zu diesem Zwecke sind ihm nach Umständen vom befaßten Gericht Mittheilungen zu machen, R. C. P. O. § 600. Eccius Bd. 1 § 19 Anm. 37 erachtet Anh. § 284 durch R. C. P. O. § 600 als beseitigt.

1) Dernburg Pand. Bd. 1 § 57.

2) Verschwender ist, wer sein Vermögen — ererbtes oder selbsterworbenes — aber nicht wer bloß die Zinsen verthut, vgl. L. R. I, 1 § 30 „Verschwender sind, welche durch unbesonnene und unnütze Ausgaben oder durch muthwillige Vernachlässigung ihr Vermögen beträchtlich vermindern oder sich in Schulden stecken.“

3) Gewisse Rechtswirkungen knüpfen sich an verschwenderisches Leben als solches, ohne Rücksicht auf Entmündigung. So das Recht zur Versagung des Ehekonsenses L. R. II, 1 § 62, zum Antrage auf Scheidung einer Ehe II, 1 § 711, zur Enterbung in guter Absicht. II, 2 § 420.

4) L. R. II, 18 §§ 349. 350. Doch kommt dies praktisch nicht leicht mehr vor; die ältere Praxis bestrafte Verschwender geradezu mit halbjähriger bis jähriger Einsperrung. Die Erklärung als Verschwender entzieht auch die väterliche Gewalt L. R. II, 2 § 256, sie entzog nach L. R. II, 18 § 812 den eigenen Betrieb bürgerlicher Gewerbe, was nicht mehr gilt.

5) L. R. II, 1 § 55, wonach der Vormund auch das Recht des Konsenses zur Ehe des bevormundeten Verschwenders hatte, ist in Folge Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 §§ 29. 39 weggefallen.

6) L. R. I, 1 § 31, vgl. l. 6 D. de V. O. 45, 1. Selbstverständlich können gemäß L. R. I, 1 § 31 auch die oben § 74 Anm. 12 u. 13 bezeichneten Rechte dem Verschwender ertheilt werden. Ueber die Beschränkung der Testirfähigkeit vgl. L. R. I, 12 § 27 ff., unten Bd. 3 § 104 unter 4. Der Verschwender ist auch prozeßunfähig R. C. P. O. § 51 Abs. 1; über Eide vgl. R. C. P. O. § 435 Abs. 2, oben § 74 Anm. 14.

7) Auch die Entmündigung wegen Verschwendung hat zum nächsten Zwecke Beschränkung der mißbrauchten Handlungsfähigkeit; die Errichtung einer Vormundschaft knüpft sich im Bedürfnißfalle an, ist aber nicht Hauptzweck. Daher können auch bevormundete Minderjährige — deren Testirfähigkeit hierdurch beschränkt wird — desgleichen Personen in väterlicher Gewalt entmündigt werden, obwohl ihnen gegenüber eine Vormundschaft trotz V. O. § 81 wegen Verschwendung nicht Platz greift. Vgl. § 73 Anm. 8.

8) L. R. I, 5 § 33, oben § 72 Anm. 8.

Auf die Entmündigung wegen Verschwendung sind die Rechtssätze der Entmündigung wegen Geisteskrankheit[9] entsprechend anzuwenden. Die Entmündigung erfolgt also auf Antrag durch Beschluß des Amtsgerichtes, gegen welchen Beschwerde und Anfechtungsklage offen steht. Eine Mitwirkung des Staatsanwaltes findet in der Regel nicht statt. Doch kann ausnahmsweise die Anfechtungsklage gegen den Staatsanwalt gerichtet werden.[10]

Die Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Verschwenders ist erst die Folge der Entmündigungserklärung; vorher geschlossene Geschäfte bleiben daher gültig, auch wenn sie verschwenderischer Art waren und die Entmündigung herbeiführten. Schon die Einleitung des Verfahrens aber begründet die Anfechtbarkeit nachher eingegangener Verträge gegenüber Allen, welche Kenntniß davon erhalten hatten.[11] Auch kann der Richter während des Verfahrens einstweilige Verfügungen treffen, um fernerem Vermögensverfall vorzubeugen.[12] Die Entmündigungserklärung wirkt gegenüber dem Verschwender mit der Zustellung,[13] gegenüber Dritten vom Tage der durch den Richter zu veranlassenden Bekanntmachung, auch wenn sie vom Verfahren keine Kunde hatten.[14]

9) Oben § 75 bei Anm. 10. R. C. P. O. § 621 ff.

10) Vgl. R. C. P. O. § 621 Abs. 4, § 624 Abs. 3, § 626 Abs. 3. — Vgl. auch Anm. 15 a. E.

11) L. R. I, 5 § 16; vgl. außerdem L. R. I, 12 §§ 32. 33. Stirbt der wegen Verschwendung Angeklagte während des Entmündigungsverfahrens, so fällt diese Anfechtbarkeit weg. Die bloße Wahrscheinlichkeit, daß es zur Entmündigung gekommen wäre, wenn der Angeklagte nicht gestorben wäre, kann dieselbe nicht erhalten. Denn ihr Zweck ist, der Vereitelung der Wirkung der Entmündigungserklärung entgegenzutreten, und dieser Zweck ist unerreichbar geworden, wenn die Entmündigung in Folge des Todes des zu Entmündigenden nicht mehr möglich ist. Andere Ansicht in Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 311. — Ist der Verschwender unter eine Pflegschaft gesetzt, so kann der Pfleger öffentliche Vorladung der unbekannten Gläubiger des Verschwenders beantragen. A. G. O. I, 51 § 172. Dies zu dem Zwecke, um dem Verschwender unmöglich zu machen, noch nachher Schulden zu kontrahiren und ihnen durch Zurückdatirung der Schuldurkunden den Schein von vollverbindlichen zu geben. Gläubiger, die sich nicht melden, trifft der Nachtheil, daß sie, trotzdem daß ihre Forderungsdokumente von älterem Datum sind als die Entmündigung, die Vermuthung gegen sich haben, daß sie mit dem Verschwender erst nach derselben kontrahirten, wobei ihnen natürlich der Gegenbeweis des früheren Geschäftsschlusses offen bleibt.

12) A. G. O. I, 38 §§ 20. 21. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 4. Vorläufige Entmündigung durch Ernennung eines Pflegers ist wohl nicht statthaft, da der Verschwender nicht außer Stande ist, selbst zu handeln, was V. O. § 90 voraussetzt. Auch R. C. P. O. § 819 giebt hierzu nicht die Legitimation. Vgl. R. G. Bd. 1 S. 107. Anders Brettner bei Gruchot Bd. 25 S. 322.

13) R. C. P. O. § 623.

14) Nach L. R. I, 5 § 15 beginnt die Unfähigkeit des Verschwenders — Dritten gegenüber — mit der Mittagsstunde des Tages, an welchem das Blatt, welches die Bekanntmachung enthält, ausgegeben ist; es ist hierbei bloß an Morgenblätter gedacht, bei Abendblättern entscheidet die Mittagsstunde des folgenden Tages. Die R. C. P. O. bestimmt § 623: „Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit." Sie legt in § 627 dem Amtsgericht die öffentliche Bekanntmachung auf, ohne eine Folge derselben zu bestimmen. Es ist hiernach

Die Aufhebung der Entmündigung wegen Verschwendung folgt im Wesentlichen denselben Grundsätzen, wie wegen Geisteskrankheit. Sie geschieht durch Beschluß des Amtsgerichtes auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes. Gegen den Beschluß der Aufhebung besteht keine Anfechtungsklage, dagegen ist gegen die Abweisung der Aufhebung Klage zulässig. Veröffentlichung ist nicht Bedingung der Geltung des Aufhebungsbeschlusses; derselbe tritt vielmehr mit seiner Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit.[15]

II. Inhalt des Geschäftes.

§ 77. Allgemeines.

1. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte ist so mannigfach, wie die Verkehrsbeziehungen der Menschen. Der Verkehr bezeichnet gewisse häufiger vorkommende Geschäfte mit besondern Namen, z. B. Kauf, Miethe, Darlehen. Im Anschluß hieran bildet das Recht Arten und Gattungen der Geschäfte. Daneben finden sich jederzeit Geschäfte, die unter keine der herkömmlichen Namen und Arten fallen. In der gemeinrechtlichen Doktrin verwendet man für Geschäfte solcher Art den Ausdruck Innominatkontrakte.

2. Diejenigen Bestimmungen eines Geschäftes, welche für den Gattungsbegriff, dem es zugehören soll, wesentlich sind, nennt die Wissenschaft essentialia negotii, z. B. beim Kauf die Vereinbarung über Sache und Preis.[1] Solche Bestimmungen dagegen, welche für den Begriff des Geschäftes unwesentlich, aber im gegebenen Fall zugefügt sind, heißen accidentalia negotii. Außerdem spricht man von naturalia negotii zur Bezeichnung derjenigen Eigenthümlichkeiten eines Geschäftes, welche ihm in Folge seiner Zugehörigkeit zu einer gewissen Gattung von Geschäften für den Fall beizumessen sind, daß eine entgegengesetzte Absicht der Parteien nicht erhellt.

Wenn uns eine Geschäftsbestimmung als wesentliche gilt, so meinen wir nicht immer, was für den Gattungsbegriff des beabsichtigten Ge-

---

zweifelhaft, ob gutgläubige Dritte schon vor der Bekanntmachung getroffen werden, wie die Worte des § 623 zu sagen scheinen, oder ob dieselbe ihnen gegenüber erfordert wird, da diese materiellrechtliche Frage nach dem Civilrecht zu entscheiden ist. Vgl. Koeßler: Ist § 15 A. L. R. I 5 beseitigt? bei Gruchot Bd. 30 S. 571. Die V. O. vom 5. Juli 1875 § 85 verlangt übrigens auch öffentliche Bekanntmachung der Einleitung der Vormundschaft über den Verschwender.

15) R. C. P. O. § 625 ff. Die Veröffentlichung soll vom Amtsgericht erfolgen § 627, eine Rechtswirkung ist an dieselbe nicht geknüpft. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 85 fordert öffentliche Bekanntmachung auch der Aufhebung der Vormundschaft. Vgl. Brettner bei Gruchot Bd. 25 S. 321.

1) L. R. I, 11 § 12.

schäfts wesentlich ist. Vielmehr denken wir oft hierbei nur an Bestimmungen, welche gerade für die Betheiligten von entscheidendem Gewichte waren, so daß sie das Geschäft ersichtlich bloß um ihretwillen und nur für den Fall ihrer Einigung über sie wollten. Hiernach können wir von objektiv und von subjektiv wesentlichen Bestimmungen reden.[2] Zusammenwerfen dieser Bedeutungen erzeugt häufig Mißverständnisse.

A. Die unzulässigen Geschäfte.

§ 78. Die Arten der unzulässigen Geschäfte.

Schranken findet das Rechtsgeschäft insbesondere durch das öffentliche Recht.[1] Aber auch innerhalb des Privatrechtsgebiets selbst ist die Freiheit der Einzelnen keine unbeschränkte. Die Rechtsgeschäfte sollen vernünftigen Interessen dienlich sein; sie können nichts innerlich Widersprechendes oder gar Unmögliches feststellen;[2] sie dürfen nicht unsittlich sein. Sie sind endlich vielfach aus Rücksichten des allgemeinen Wohles durch Verbotgesetze eingeengt.

Ungültig sind folgerecht Rechtsgeschäfte zur Umgehung von Verbotgesetzen — in fraudem legis — d. h. solche, die zwar nicht in der von dem Gesetz verpönten Rechtsform geschlossen sind, aber die gleichen, insbesondere wirthschaftlichen Zwecke verfolgen, welche das Gesetz ausschließen wollte und zu deren Unterdrückung es bestimmt war.[3] Unzulässig sind auch Geschäfte, welche durch Androhung von Nachtheilen, insbesondere von Vertragsstrafen[4] — oder Inaussichtstellung von Vortheilen Unstatthaftes bezwecken.

Daß der Staat unsittlichen und dem Gemeinwohl schädlichen Geschäften die Rechtshülfe weigert, ist eine unbedingte Anforderung an eine vernünftige Rechtsordnung. Was jedoch als schädlich und gegen die guten Sitten gilt, bestimmt sich verschieden nach den wechselnden ethischen Anschauungen und den jeweiligen wirthschaftlichen Bedürfnissen der Völker und Zeiten. Der Zustand des heutigen preußischen Rechtes weicht in dieser Hinsicht von dem landrechtlichen ab, wie dieser keineswegs mit den römischen Auffassungen übereinstimmt.

---

2) Vgl. unten § 99 Anm. 4.

1) l. 38 D. de pactis 2, 14. Ungültig ist der Vertrag einer Stadt mit ihren Bürgern oder mit juristischen Personen, wonach denselben für alle Zeit Freiheit von Gemeindesteuern bewilligt wird. Zeitweilige Steuerbefreiungen sind zulässig, Städteordnung vom 30. Mai 1853 und vom 19. März 1856 § 4, Entscheidung des O. Trib. Bd. 81 S. 267. — Ausdrücklich schließt das Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 über den Unterstützungswohnsitz Verträge aus, welche seine Fundamentalbestimmungen — §§ 10 und 22 — abändern.

2) Unten Bd. 2 § 23 zu 1.

3) Vgl. l. 29, l. 30 D. de legibus 1, 3. Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 52 „Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes und simulirte Geschäfte."

4) Vgl. Bd. 2 § 192 hinten Anm. 29a.

Auf einzelne Beschränkungen der Vertrags- und Handlungsfreiheit im jetzigen preußischen Rechte soll näher eingegangen werden.

1. Nach dem Landrechte sind unzulässig Geschäfte, welche einen Zwang zur Ehelosigkeit für Männer über das dreißigste, für Frauen über das fünfundzwanzigste Jahr enthalten sollen.[3] Ferner kann Niemand zum Verharren im Wittwenstande durch Vermögensnachtheile gezwungen werden, welche über die Rückgabe des für diesen Fall Zugewendeten hinausgehen.[4] Daß des Weiteren Gewissensfreiheit durch keine Willenserklärung eingeschränkt werden soll, ist ein gesetzgeberischer Gedanke, welchen das Landrecht mit dem gemeinen Rechte theilt.[5]

2. Niemand kann seine Handlungsfähigkeit ganz oder theilweise aufgeben, sich z. B. durch Vertrag unter Vormundschaft stellen.[6] Es sind ferner Verträge ungültig, durch welche man sich seiner wirthschaftlichen Selbständigkeit völlig entäußert. Hiernach kann man nicht gültigerweise bei der Bestellung eines Bevollmächtigten, etwa eines Handlungsprokuristen, die Bestimmung treffen, daß man für seine Person auf jede Einmischung in die Geschäftsführung des Vertreters verzichten wolle. Ebenso ist unzulässig

---

3) L. R. I, 4 § 10. Man streitet darüber, ob Verträge, die eine Verbindlichkeit zur Ehelosigkeit enthalten, wenigstens für die Zeit bis zum dreißigsten resp. fünfundzwanzigsten Jahre gültig seien. Die meisten Schriftsteller sind für die Verneinung, z. B. Koch Recht der Ford. 2. Ausg. 2. Bd. S. 346. Die Frage ist jedoch eine thatsächliche und beantwortet sich danach, ob eventuell die Absicht dahin ging, mindestens das frühzeitige Heirathen zu verhindern und ob eine Theilung des Geschäftes hiernach möglich ist, z. B. der A. läßt sich von seinem zwanzigjährigen Bibliothekar B., um sich dessen Dienste ganz zu sichern, das Versprechen geben, nicht zu heirathen, und verspricht ihm für jedes Jahr der Ehelosigkeit eine Summe von 100 Thalern. Die Verpflichtung wird bis zum 30. Jahre bestehen.

4) L. R. I, 4 § 11 ff. 120. 138. Die Einräumung eines Vortheils unter der Bedingung des Wittwenstandes gilt nicht als unzulässig und es kann dem Verwittweten dessen Erstattung aufgelegt werden, soweit derselbe im Augenblicke der Wiederverheirathung noch bei ihm vorhanden ist; wohl aber ist ungehörig die Verpflichtung, im Falle der Wiederverheirathung gutgläubig Verbrauchtes, namentlich die inzwischen gezogenen Nutzungen herauszugeben, unten § 90 Anm. 4. Ueber die Bedingung der Nichtwiederverehelichung nach römischem Rechte siehe Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 395.

5) L. R. I, 4 § 9. In Folge dessen betrachtet man es für unzulässig, eine Minderung des Vermögens, ja selbst eine Entziehung erhoffter Vortheile zur Einschränkung der Gewissensfreiheit an die Beibehaltung oder Aenderung einer Religion zu knüpfen. Vgl. Kab. O. vom 12. Juni 1804 und den betreffenden Fall im neuen Archiv von Amelang S. 4, S. 86, sowie R. G. Bd. 21 S. 282. Eine Einschränkung der Gewissensfreiheit liegt aber nicht in solchen Rechtsgeschäften, welche zur Förderung bereits bestehender, auf einen Religionswechsel gerichteter Absichten bestimmt sind; z. B. es verspricht Jemand einem dem Protestantismus geneigten Mönche für den Fall seines Uebertrittes eine Pension bis zur Erwerbung einer Stelle. — Wo ist die Grenze? Es ist eben Sache des richterlichen Ermessens, darüber schlüssig zu werden, ob eine unzulässige Einwirkung auf die freie Willensbestimmung vorliegt. So auch Puchta Vorles. Bd. 1 zu § 60, vgl. aber auch Vangerow Bd. 1 § 93 III.

6) Vgl. R. G. Bd. 4 S. 162 in einem gemeinrechtlichen Fall.

die Verpflichtung, niemals die Ausübung eines gewissen Berufes aufzugeben; nicht weniger die, seinen Wohnsitz nicht zu ändern oder sich zur Privatgefangenschaft zu stellen oder einer Gutsunterthänigkeit zu unterwerfen.[7] Namentlich sind nichtig Miethverträge des Gutsherrn mit den auf seinem Gute angesiedelten Arbeitern, welche dieselben über die Zeit von 12 Jahren hinaus binden und so eine Art von Gutsunterthänigkeit herstellen würden.[8] Auch kann bei den Gesindeverträgen das Recht der Aufkündigung nicht völlig ausgeschlossen werden.[9]

3. Nichtig und strafbar sind gewisse Verträge der Arbeitsherren mit ihren gewerblichen Arbeitern, namentlich behufs der Entnahme von Waaren durch die Letzteren. Nichtig, aber nicht strafbar sind Vereinbarungen von Gewerbetreibenden, sowie von Arbeitern behufs Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere also auch Verabredungen über s. g. Strikes.[10]

4. Ob Verträge, durch welche man sich verpflichtet, ein Gewerbe in einem gewissen Bezirke, oder überhaupt nicht zu betreiben, im Interesse der Gewerbefreiheit nach der Gewerbeordnung schlechthin für ungültig zu erachten seien, war streitig. Die neuere Praxis verneint eine so allgemeine Ungültigkeit.[11] Immerhin wird solchen Verträgen nach allgemeinen Grundsätzen die Geltung dann abzusprechen sein, wenn sie entweder das öffentliche Interesse durch eine Benachtheiligung des Publikums berühren oder das natürliche Recht des Individuums, den Beruf, für welchen dasselbe befähigt und ausgerüstet ist, zu betreiben, in ungemessener Weise beschränken. Nach ähnlichen Gesichtspunkten können Verträge, welche einem

---

7) L.R. I, 4 § 13. Ueber die Verpflichtung, seinen Wohnsitz nicht zu ändern, vgl. l. 71 § 2. D. de cond. 35, 1, „per quam jus libertatis infringitur."

8) Edikt vom 14. September 1811 § 7.

9) Gesindeordnung vom 8. Novbr. 1810 § 40, unten Bd. 2 § 192 bei Anm. 6.

10) Gewerbeordnung § 115 ff. vom 1. Juli 1883. Vgl. unten Bd. 2 § 192. — Gewerbeordnung § 152. Nichtig sind auch gegen das Reichshaftpflichtgesetz im Voraus abgeschlossene Verträge, § 5 des Gesetzes vom 7. Juni 1871.

11) In der ersten Auflage dieses Werkes war die Frage bejaht. Der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 9. Juli 1877 Präjudiz n. 2781 Entsch. Bd. 80 S. 1 ff. führt aus, daß § 1 der Reichsgewerbeordnung Beschränkungen des freien Gewerbebetriebes, die auf Vertrag der Betheiligten beruhen, nicht verbieten wollte und daß insbesondere § 10, wonach ausschließliche Gewerbeberechtigungen nicht mehr erworben werden können, nur die quasidinglichen Belastungen betreffe — vgl. unten Bd. 2 § 303 — nicht aber die freiwillig übernommenen, bloß obligatorischen Verpflichtungen bestimmter Personen ausschließe, daß auch die freie gewerbliche Konkurrenz durch die bezüglichen Verträge in der Regel nicht gefährdet werde und daß dieselben endlich sachlich gerechtfertigt sein könnten, namentlich wenn sie einer illoyalen Benutzung der im Dienst eines Principals angeknüpften Verbindungen mit dessen Kunden — R. O. H. G. Bd. 7 S. 421 — oder der Sicherung der Ueberweisung einer Klientel im Fall der Veräußerung eines Geschäftes entgegentreten sollten. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 727.

Konsumenten dauernd die Verpflichtung auflegen, Produkte und Dienstleistungen ausschließlich von einer bestimmten Stelle zu entnehmen, als ungültig angefochten werden.[12]

5. Nichtig sind landeskulturschädliche Verträge. Dahin gehören Verträge, welche mit der durch das Gesetz vom 2. März 1850 durchgeführten Reform der Verhältnisse des Grundeigenthums im Widerspruche stehen.[13] [14] Auch Willenserklärungen, wodurch Gemeinheitstheilung ausgeschlossen werden sollen, sind nur in beschränkter Weise gültig.[15] [16]

§ 79. Behandlung unerlaubter und unsittlicher Geschäfte.

Unter den ungültigen Geschäften sind zu unterscheiden solche, welche nur den Bedingungen nicht entsprechen, an welche das Recht seine Anerkennung knüpft, und die unerlaubten und unsittlichen, welche das Recht verbietet.

Die ersteren sind der Regel nach nichtig,[1] ohne daß sich an sie weitere Vermögensnachtheile knüpfen. Was auf sie geleistet ist, kann der Geber vom Empfänger zurückfordern.

Das auf unerlaubte und unsittliche — verbotene — Geschäfte Geleistete darf dagegen der Fiskus an sich reißen. Und zwar nach doppelter Richtung:

a) Was zum verbotenen Zwecke geleistet wurde, kann der Fiskus vom Empfänger zurückfordern, z. B. die Darlehenssumme, wenn ein Darlehen

---

12) Nach der preußischen Gewerbeordnung von 1845 § 11 sollten den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen oder Zwangs- und Bannrechten analoge Rechte durch Verträge oder andere Rechtstitel nicht auf einen längeren als zehnjährigen Zeitraum begründet werden. Diese Bestimmung ist durch ihre Nichtaufnahme in die deutsche Gewerbordnung beseitigt, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 15 ff.

13) Vgl. unten §§ 182. 307 das Nähere.

14) Die Bestimmungen über Nichteinziehung von Bauernstellen (L. R. II, 7 § 14. Edikt vom 9. Oktober 1807 §§ 6 und 7) sind in Folge des Gesetzes vom 2. März 1850 § 73 ff. außer Kraft getreten.

15) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 27, vgl. unten § 296.

16) Ueber wucherische Geschäfte siehe Gesetz vom 24. Mai 1880, vgl. unten Bd. 2 § 37.

1) Daß der Regel nach Geschäfte gegen gesetzliches Verbot unverbindlich und nichtig sein sollen, spricht das Landrecht I, 4 § 6 nach dem Vorbilde der l. 5 C. de legibus 1, 14 aus mit den Worten: „zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärungen Niemand verpflichtet oder berechtigt werden." Vgl. R. G. Bd. 16 S. 106. Gleichwohl kann das einzelne Verbotsgesetz auch andere Folgen als Nichtigkeit, z. B. bloß Strafe an das Verbot knüpfen (lex minus quam perfecta). Wann dies der Fall ist, bleibt letztlich Interpretationsfrage. So verbietet die deutsche Gewerbeordnung den Betrieb mancher Gewerbe ohne obrigkeitliche Genehmigung oder Erlaubnißschein. Aber ein Geschäft, welches ein Nichtkoncessionirter schließt, ist zwar straffällig, doch nicht nichtig, da sicherlich die Absicht der Gewerbeordnung nicht dahin ging, um der polizeilichen Regulirung der Gewerbe willen so tief in die privatrechtlichen Verhältnisse einzuschneiden.

zum Zwecke eines unerlaubten Spiels oder die Schenkungssumme, wenn eine Schenkung zu einem unsittlichen Zwecke geschah.[2] [3]

b) Der Fiskus ist nicht weniger befugt, das behufs Erfüllung des verbotenen Geschäfts Geleistete von dessen Empfänger herauszufordern.[4] [5]

Dies entsprach der älteren gemeinrechtlichen Lehre.[6] Das römische Recht kannte einen solchen Anspruch des Fiskus nicht, sondern beließ es unter Ausschließung jeder Rückforderung beim thatsächlichen Zustande nach dem Grundsatze in pari turpitudine potior est causa possidentis.[7] In der That hat jene Einmischung des Fiskus in die Privatrechtsverhältnisse etwas Gehässiges und wird deshalb auch bei uns nur ganz ausnahmsweise praktisch.

Bei letztwilligen Verfügungen sind die angeführten Sätze des L. R. unanwendbar. Bedingungen, welche eine Zuwendung zur moralisch unmöglichen machen, werden nach dem Vorbilde des römischen Rechtes als nicht zugefügt angesehen, so daß sich die Zuwendung erhält.[8]

B. Einzelne Arten von Rechtsgeschäften.

§ 80. Veräußerung.[1]

Die Rechtsgeschäfte sind theils neu schaffende oder konstitutive, theils übertragende oder translative. Erstere begründen Berechtigungen, welche in dieser Form bisher noch nicht vorhanden waren, letztere belassen einer bereits bestehenden Berechtigung ihren Inhalt und ihre bisherige Form, so daß nur der Berechtigte wechselt. Die Geschäfte der zweiten Art sind die Veräußerungsgeschäfte.[2] In weiterem Sinne versteht man jedoch unter

---

2) L. R. I, 16 §§ 205. 206. Hiernach L. R. I, 11 § 714. I, 11 §§ 1070. 1071, vgl. ferner II, 12 §§ 108. 109, vgl. auch I, 11 §§ 744. 746. Hierauf stützte sich die Rückforderung der Reichstagsmitgliedern von ihren Parteigenossen gezahlten Diäten durch den preußischen Fiskus, R. G. Bd. 16 S. 89.

3) Anders nach dem Wuchergesetz vom 24. Mai 1880. Vgl. unten Bd. 2 § 292.

4) L. R. I, 16 § 172 ff., Anh. § 143 zu II. 12 § 109.

5) So im Falle der R. K. O. § 213, R. G. Bd. 25 S. 261, vgl. auch unten Bd. 2 § 292 bei Anm. 5. Verwandt ist die Bestimmung der deutschen Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 § 116, nach welcher Forderungen für Waaren, welche ungeachtet des geschehenen Verbotes den Arbeitern von den Fabrikanten kreditirt werden, gewissen Arbeiterhülfskassen, in deren Ermangelung der Ortsarmenkasse zufallen. — Wie aber, wenn der Arbeiter an den Fabrikanten bereits vor Klageanstellung gezahlt hat? Hier wird man der Kasse keine Klage mehr gegen den Arbeiter geben, sondern höchstens eine condictio gegen den Fabrikanten. Vgl. unten Bd. 2 § 192.

6) Glück Bd. 13 S. 60.

7) l. 8 D. de condictione ob turpem causam 12, 5. l. 2 C. eod. 4, 7.

8) L. R. I, 12 § 63 vgl. unten Bd. 3 § 126.

1) Dernburg Pand. Bd. 1 § 81 und dort Citirte.

2) Nicht bloß Sachen, sondern auch Rechte, z. B. Forderungsrechte, endlich auch Vermögensinbegriffe, vgl. oben § 60, sind veräußerlich. Das E. E. Ges. vom 5. Mai 1872 § 1 spricht von „freiwilliger Veräußerung", da in einem weiteren Sinn unter Veräuße-

Veräußerung jede Uebertragung eines wirthschaftlichen Gutes aus einer Hand in die andere, auch wenn sie die Vermittelung eines konstitutiven Rechtsgeschäftes fordert; es bildet z. B. die Bestellung eines Nießbrauches an einer Sache, welche bisher im vollen Genusse des Eigenthümers stand, eine Veräußerung in diesem weiteren Sinne, obgleich der Nießbrauch als besonderes Recht hier erst geschaffen wird.

Die freie Veräußerung seiner Sache galt den Römern als ein dem Eigenthume wesentliches inwohnendes Recht, so daß der Eigenthümer sich zwar persönlich zu dessen Nichtausübung verbinden konnte, daß aber eine von ihm vorgenommene Veräußerung trotzdem vollgültig war und den Eigenthümer höchstens wegen Vertragsbruches schadensersatzpflichtig machte.[3] Nur die höhere Macht eines gesetzlichen oder eines richterlichen Verbotes vermochte daher die Veräußerung durch den Sacheigenthümer wirklich zu hindern. Das preußische Recht erkennt hingegen die dingliche Wirkung einer vertragsmäßigen oder letztwilligen Privatverfügung an, welche dem Eigenthümer die Veräußerung verbietet, wie überhaupt die Verfügung des Eigenthümers über seine Sache in mannichfacherer und tiefergehender Weise beschränkt werden kann, als dies nach römischem Rechte möglich war. Dritte sind einem solchen Privatverbote unterworfen im Falle seiner Eintragung im Grundbuche[4 5] oder im Falle der Kenntniß desselben beim Erwerbe.[6] Gesetzliche

---

rung auch zuweilen der Uebergang eines Vermögensobjektes auf Andere ohne den Willen des bisher Berechtigten verstanden wird.

3) Dernburg Pand. Bd. 1 § 217 und dort Citirte.

4) L. R. I, 4 § 15, I, 19 §§ 4 und 5; z. B. die Eltern bestimmen, daß das Kind, welches ihr Gut übernimmt, während ihres Auszugsrechtes dasselbe nicht ohne ihre Einwilligung veräußern dürfe. Auch die Gläubiger des Kindes sind hierdurch gebunden. Entsch. des O. Trib. Bd. 82 S. 104. Nicht im Widerspruch steht, wie sie ausdrücklich hervorhebt, Entsch. des R. G. Bd. 1 S. 175. Sie behandelt einen Fall, in welchem der Erblasser seine testamentarischen Erben in der Verfügung über seinen Nachlaß nicht einschränkte, dagegen den Gläubigern das Recht auf Befriedigung aus dem Nachlaß entzog. Eine derartige Verfügung wurde mit Recht für unwirksam erklärt. Denn der Erblasser kann seine Nachlaßsachen dem Zugriff der Gläubiger des Erben zwar mittelbar entziehen, indem er den Erben einschränkt, aber nicht unmittelbar die Gläubiger ausschließen, da sie seinen Verfügungen nicht unterworfen sind. Weiter gehende Schlüsse scheint Eccius Bd. 1 S. 120 machen zu wollen, vgl. hiergegen R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 1172. R. G. Bd. 14 S. 278.

5) Durch ein eingetragenes Veräußerungsverbot kann sich auch derjenige schützen, welcher zunächst nur ein Recht zur Sache hat, während sich der wirklichen Eigenthumsübertragung thatsächliche oder rechtliche Hindernisse in den Weg stellen. Hinsichtlich des Vertrages des Hypothekengläubigers mit dem Eigenthümer, wonach diesem die Weiterverpfändung untersagt wird vgl. unten § 183 bei Anm. 3. Ueber die richterlichen Veräußerungsverbote und Arreste werden wir im § 146 und 147 handeln.

6) Der Grundbuchrichter hat kontraktliche nicht eingetragene Verfügungsbeschränkungen trotz seiner Kenntniß nicht zu beachten, er darf ihretwegen eine in Widerspruch tretende Auflassung nicht beanstanden. Johow Entsch. d. K. G. Bd. 10 S. 85.

Veräußerungsverbote hingegen wirken schlechthin, da die Fälle ihres Eingreifens auch für Dritte regelmäßig erkennbar sind.

Die Tragweite eines Veräußerungsverbotes ist keineswegs immer die gleiche. In der Regel ist sein Zweck nicht blos, den Eigenthümer und diejenigen, welche von ihm Rechte ableiten, an der Vornahme von Veräußerungsakten zu hindern, sondern die weitergehende, die Sache schlechthin an die Person des Eigenthümers zu fesseln. Letzteren Falles erstreckt sich das Verbot bis zur Ausschließung der Ersitzung,[7] ersteren Falles nicht. Ferner bezieht sich das Verbot der Veräußerung einer körperlichen Sache bald nur auf die Uebertragung des Eigenthumes, bald bedingt es auch den Ausschluß der Verpfändung und selbst einer Beschwerung mit Servituten und ähnlichen Lasten. Die Römer waren geneigt, die letztere Auslegung anzunehmen, und Justinian erklärte geradezu, daß im Zweifel testamentarische und vertragsmäßige wie gesetzliche Veräußerungsverbote auch das Verbot der Verpfändung und dinglichen Belastung in sich schlössen.[8] Für das preußische Recht besteht hingegen eine solche Auslegungsregel nicht; es ist vielmehr hier stets nach Sinn und Zweck des einzelnen Veräußerungsverbotes zu prüfen, ob und inwieweit durch dasselbe, was allerdings oft der Fall, auch die Verpfändung oder sogar die Belastung mit dinglichen Rechten untersagt sein sollte.[9]

§ 81. Das Anerkenntniß.[1]

Während die meisten Rechtsgeschäfte eine Veränderung der Rechtszustände zum ausgesprochenen Zwecke haben, ist dies anders bei dem Anerkenntniß. Es bezweckt vielmehr, Ansprüchen, welche als bereits bestehend gedacht werden, eine feste und zweifelsfreie Grundlage

---

7) Vgl. L. R. I, 9 §§ 581. 582. l. 28 pr. D. de V. S. 50, 60, vgl. übrigens Fitting Archiv für civ. Pr. Bd. 47 S. 140 ff. Bd. 51 S. 253 ff.

8) l. 7 C. de rebus non alienandis 4, 51. Vgl. l. 3 § 5 D. de rebus eorum 27, 9.

9) Vgl. auch Entsch. des Ob. Trib. Bd. 48 S. 178 ff. Da das Verbot der Veräußerung nach preußischem Rechte nicht schlechthin das Verbot der Verpfändung in sich schließt, so findet sich häufig beides neben einander gestellt. Vgl. z. B. L. R. II, 1 §§ 223. 232, ferner II, 1 § 378, II, 2 §§ 171. 172, II, 6 § 83, II, 11 § 1032, II, 18 §§ 725. 727. Die Veräußerung schließt die Verpfändung aber nicht in sich in L. R. II, 11 §§ 219. 227, II, 18 §§ 550 ff. 686. 687, Anh. § 167 zu letzterem §. Auch bei Privatveräußerungsverboten, deren Eintragung ins Grundbuch erfolgt, um gegen Dritte, mit den Verhältnissen sonst nicht bekannte, zu wirken, ist es daher zweckmäßig, wenn die Verpfändung schlechthin verhindert werden soll, das Verbot ausdrücklich auf Veräußerung und dingliche Belastung zu stellen. Nach L. R. I, 12 § 535 soll aber unter dem letztwilligen Verbote eines Testators, eine Sache zu verkaufen, jede andere Veräußerung sowie die Verpfändung inbegriffen sein.

1) L. R. I, 5 § 185 ff., R. C. P. O. § 146 Ziff. 1, § 278, vgl. §§ 77. 79. 89. 648. Vgl. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. 1867. Reinhard in Ulrichs Archiv Bd. 9 S. 600 ff., Dernburg, Pand. Bd. 1 § 84.

zu geben.[2] Das Anerkenntniß ist also nach der kundgethanen Absicht der Betheiligten deklaratorisch, nicht rechtsschaffend; es erzeugt zwar ein neues Mittel, um dem Rechte Geltung zu sichern, läßt aber seiner erklärten Absicht nach die vorhandenen Rechtsverhältnisse bestehen wie sie sind. Das Anerkenntniß ist grundsätzlich ein einseitiges Rechtsgeschäft. In welchen Formen und wem gegenüber es abgegeben sein muß, um rechtsverbindlich zu sein, hängt von seiner besonderen Art ab.[3]

Solche Arten sind Anerkenntniß der Vaterschaft eines unehelichen Kindes durch dessen Erzeuger,[4] Anerkennung eines Testamentes durch die Erben,[5] Anerkennung einer Vertragspflicht durch den Verpflichteten.[6] Ausgezeichnet ist das im Prozeß bei der mündlichen Verhandlung Seitens einer Partei abgegebene Anerkenntniß eines gegen sie geltend gemachten Anspruches. Der Anspruch erhält hierdurch eine selbständige, auf dem Verfügungswillen des Anerkennenden beruhende, Grundlage, so daß der Anerkennende auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen ist.[7] Gegen das Urtheil stehen die gewöhnlichen Rechtsmittel offen; dasselbe zeichnet sich aber dadurch aus, daß es auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.[8]

---

2) Das Marginal zu L. R. I, 5 § 185 bezeichnet daher das Anerkenntniß als „Verstärkung der Verträge“. Ein „Verbesserungsmittel“ wie Eccius Bd. 1. S. 200 annimmt, wodurch ein ungültiges Geschäft gültig gemacht werden soll, muß es keineswegs sein.

3) Man darf nicht den Grundsatz aufstellen, daß es zur Geltung der Anerkennung stets derjenigen Form bedürfe, welche zur Neubildung des fraglichen Rechtes nothwendig wäre. Ob die Anforderung der Form für ein bestimmtes Geschäft auch die Anerkennung, und ob nach jeder Richtung, betreffen soll, ist Frage der Einzelerwägung. Das Anerkenntniß eines aus Irrthum abgeschlossenen gerichtlichen Schenkungsversprechens fordert z. B. nicht um deswillen gerichtliche Errichtung, weil Schenkungen einer solchen bedürfen. Auch das Anerkenntniß eines Rechtes an einem Grundstück wird keineswegs immer der Schriftform zur Rechtsgültigkeit bedürfen, während dies allerdings der Fall sein wird, wenn ein schriftlicher Titel noch nicht besteht; vgl. übrigens L. R. I, 16 § 407. Daß zur Anerkennung von Verträgen im Falle „ihrer vollständigen Kenntniß“ — vgl. hierüber R.-G. Bd. 14 S. 302 — schlüssige Handlungen genügen, spricht aus L. R. I, 5 § 189; dennoch wird die Lage des Einzelfalles in Betracht zu ziehen sein. Siehe auch unten Anm. 15.

4) Gesetz vom 24. April 1854 § 13 unter 2. Dieses Anerkenntniß muß, um Alimentationsansprüche zu begründen, in einer öffentlichen Urkunde und ausdrücklich abgegeben sein, vgl. unten Bd. 3 § 71.

5) L. R. I, 12 §§ 611—613, vgl. auch L. R. II, 2 § 438. Ueber die Anerkennung letztwilliger Verfügungen vgl. unten Bd. 3 § 229.

6) L. R. I, 5 § 185 ff. Ein weiterer Fall ist die Anerkennung des Cessionars als Gläubigers durch den Schuldner der abgetretenen Forderung I, 11 § 412, vgl. unten Bd. 2 § 85 unter 2. Siehe ferner § 98 bei Anm. 2.

7) R. C. P. O. § 278. Ein solches Anerkenntniß muß unbedingt sein und ohne Zufügung von Einreden abgegeben werden. Die Anerkennung einer zur Kompensation vorgeschützten Gegenforderung ist entsprechend zu behandeln; sie begründet die Abweisung der Klage. Was für einen „Anspruch“ ausgesprochen ist, gilt auch für anerkannte „Rechtsverhältnisse“. Eccius Bd. 1 § 50 Anm. 16.

8) Vgl. R. C. P. O. § 648 Ziff. 1. Die römische confessio in jure stand geradezu dem Urtheil gleich, vgl. Tit. Dig. de confessis 42, 2 vgl. Demelius die confessio im

Verschieden von der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses ist das Geständniß einer Thatsache als solchen, welches nur ein Beweismittel für dieselbe liefert.[9] Jedoch ist das bei der mündlichen Verhandlung oder zu Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters im Prozesse erfolgende Geständniß einer Thatsache für diesen Rechtsstreit schlechthin verbindlich, indem der Wille der geständigen Partei unterstellt wird, daß die zugestandene Thatsache dem Erkenntniß mit zu Grunde gelegt werde.[10]

Natürlich kann trotz der Anerkennung der Rechtszustand in Wirklichkeit ein von dem anerkannten mehr oder weniger verschiedener gewesen sein. Dennoch nimmt das Recht hierauf keine Rücksicht, da die Anerkennung eben um deswillen erfolgt, um das Zurückgehen auf den ursprünglichen Sachverhalt abzuschneiden, mithin nutzlos wäre, falls dies nicht geschähe. Das Recht sieht also das anerkannte Geschäft in dem Lichte, in welchem es die Parteien aufgefaßt haben wollen, so daß das Anerkenntniß auch die Mängel des ursprünglichen Geschäftes rückwärts hin deckt.[11] Daher spricht man von einer rück-

---

römischen Civilprozeß und das gerichtliche Geständniß 1880. Auch nach preußischem Recht war das gerichtliche Anerkenntniß als solches vollstreckbar, nachdem es durch „Agnitionsresolution" richterlich festgestellt war, A. G. O. I, 8 § 14 ff., Verordnung vom 1. Juni 1833.

9) Z. B. die Anerkennung der Thatsache eines an sich unverbindlichen mündlichen Vertrages. Unten § 98 Anm. 2.

10) R. C. P. O. § 261 ff. Solche Behandlung des s. g. gerichtlichen Geständnisses ist weder innerlich begründet noch zweckmäßig. Nach § 263 der R. C. P. O. soll der Widerruf nur Einfluß haben, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei. Sollte aber Betrug, Zwang, Simulation nicht in Betracht kommen? Man wird wohl helfen müssen trotz des Wortlautes des Gesetzes. — Fragt man weiter, ob der Rechtssatz in der Absicht der Betheiligten begründet ist, welche dem Richter den Hergang erzählen, so muß man dies entschieden verneinen. Die Partei, welche Thatsachen gesteht, will regelrecht der Wahrheit den Zoll erstatten, nicht aber sich verbinden. Indem die R. C. P. O. trotzdem das Geständniß der Thatsachen als einen Verfügungsakt auffaßt, fälscht es die Grundlagen des Prozesses. Man erschwert Zugeständnisse, wenn man dem Gestehenden im Falle etwaiger Ungenauigkeit und Unrichtigkeit die Möglichkeit der Richtigstellung abschneidet. Die Erwägung, daß mit Geständnissen kein Spiel getrieben werden soll, ist wahrlich nicht erheblich; dergleichen verbietet sich von selbst. Freilich bestand eine dem § 261 der R. C. P. O. entsprechende Theorie im gemeinen Prozeß. Aber gerade darin lag einer der verwerflichsten Sätze desselben, durch welchen die beklagte Partei zu den berüchtigten Einlassungen mit negare und nescire der Klagbehauptungen bestimmt wurde. Der neue Prozeß, welcher sein Lebenselement in der freien Bewegung der Parteien und der freien richterlichen Beweiswürdigung sucht, durfte dergleichen aus der Verderbniß des gemeinrechtlichen Prozesses nimmermehr übernehmen. Im Einzelfalle kann eine Hülfe geben, daß der verständige Richter auf sachgemäße Auslegung des unrichtigen Geständnisses Rücksicht nehmen mag; der Einfluß auf das Ganze ist nicht abzuwehren. Gegen die bezüglichen Bestimmungen auch Demelius a. a. O. S. 391. Außergerichtliche Geständnisse, welche nicht unter § 261 fallen, hat der Richter nach seiner freien Ueberzeugung zu würdigen, vgl. § 259 a. a. O.

11) Z. B. die Mängel der schriftlichen Form des Vertrages oder der freien Einwilligung der Parteien, L. R. I, 5 §§ 185. 186. Es bezieht sich hierauf L. R. I, 5 § 188. So auch Eccius Bd. 1 S. 201 gegen Förster, vgl. übrigens auch unten § 98.

wirkenden Kraft des Anerkenntnisses, wie eine solche auch gemeinrechtlich für die Ratihabition gilt.[12] Jedoch kann solche Rückwirkung der Anerkennung nicht so weit gehen, daß hierdurch die Rechtsstellung Dritter, welche bei dem Anerkennungsgeschäfte nicht betheiligt waren, leiden könnte. Von dem Grundsatze der Rückziehung wird eine Ausnahme gemacht, falls es sich um einen Vertrag handelt, welcher wegen mangelnder persönlicher Fähigkeit eines Vertragschließenden ungültig war. Wird ein solches Geschäft[13] nach gehobener Unfähigkeit anerkannt, so soll sich das Anerkenntniß nur alsdann auf den Anfang des Geschäftes zurückerstrecken, wenn dieses ausdrücklich verabredet wurde. Hier bedarf es auch der Form eines neuen Vertrages.[14] [15]

§ 82. Vergleich.[1]

Vergleich ist eine Verständigung, durch welche man sich zu Zugeständnissen an eine Gegenpartei versteht, um weitergehende Ansprüche, welche von deren Seite erhoben werden könnten, abzuschneiden.[2]

Solche Zugeständnisse können darin liegen, daß man ein neues Geschäft an die Stelle des beanstandeten Rechtszustandes setzt,[3] ferner darin, daß man gegen Verzicht auf weitere Ansprüche etwas zahlt oder an Zahlungsstatt giebt; vorzugsweise aber werden Vergleiche erzielt durch Anerkennung des beanspruchten Rechtes in festbemessenen Grenzen.[4]

---

12) L. R. I, 5 § 188 und unten § 98 Anm. 4. Ueber die Rückziehung im römischen Recht vgl. Dernburg Pandekten Bd. 1 § 84.

13) L. R. II, 2 § 137 ist veraltet; unten Bd. 3 § 52.

14) L. R. I, 5 §§ 37 und 38. Vgl. oben Anm. 3.

15) Ueber die Schaffung abstrakter Verbindlichkeiten durch Anerkennung vgl. Bd. 2 § 15.

1) L. R. I, 16 §§ 405—449. Medem, Vergleich nach römischem und preußischem Recht bei Gruchot Bd. 14 S. 658. Dernburg Pand. Bd. 2 § 109. Vergleich 1855.

2) Das L. R. spricht I, 16 § 405 von streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechten. Dies ist im weitesten Sinne zu nehmen. Ein Vergleich ist auch möglich, wenn man die gegnerischen Ansprüche nicht bestreitet, sich aber gleichwohl ihrer Erfüllung, z. B. wegen angeblichen Unvermögens, bisher entzog. Vgl. auch L. R. I, 16 § 408 unten § 83 bei Anm. 7. — Vgl. noch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 980.

3) Es ist Vergleich die Abfindung für Erbschaftsansprüche durch Geld l. 3 § 2 D. de transact. 2, 15, l. 2 C. eod. 2, 4, ferner die Geldabfindung für angebliche Rechte an einem Grundstück l. 6 C. eod., endlich die Abfindung eines Anspruches auf ein Grundstück durch Ueberlassung eines anderen Grundstückes l. 33 C. eod. Eccius Bd. 1 § 103 Anm. 2 in der 6. Auflage erkennt zwar an, daß in den angegebenen Fällen ein Vergleich vorliegt, erklärt aber auch jetzt noch, daß kein Vergleich sei, wenn die „Parteien an die Stelle eines zweifelhaften Verhältnisses bewußt ein neues setzen." Das dürfte schwer zu vereinigen sein.

4) Förster Bd. 1 § 103 spricht sich dahin aus: „Der Vergleich ist ein oneroser Vertrag, unterschieden von Erlaß und Anerkenntniß, die beide einseitig auftreten." So auch

Je nach den Mitteln, welche die Vergleichschließenden zum Zwecke des Vergleichs wählen, muß dessen rechtliche Behandlung verschieden sein. Enthält der Vergleich, was das Häufigste ist, eine theilweise Anerkennung des angesprochenen Rechtes, so bedarf es nicht derjenigen Form, welche für dessen Neubegründung erforderlich wäre; es genügen vielmehr die Formen, welche für eine Anerkennung nothwendig sind.[5] In solchem Falle behandelt das Recht die vergleichsweise festgestellte Befugniß nicht wie eine neue, erst durch den Vergleich geschaffene, vielmehr als eine von Anfang an begründete, nunmehr in nur begrenztem Umfange bekräftigte. Fragt man daher, ob im *Vergleiche eine Novation* in dem weiteren Sinne der Neueren liegt, so muß man dies für den Fall einer vergleichsweisen Anerkennung verneinen, da das Anerkenntniß nicht novirt, sondern als bestehend Gedachtes feststellt; es bleiben also hier die für die alte Schuld bestellten Bürgen und Pfänder verhaftet. Wird dagegen beim Vergleich an die Stelle des alten und zweifelhaften Geschäftes ein ganz neues gesetzt, so ist die Frage der Novation zu bejahen. Das neue Geschäft unterliegt bezüglich seiner Begründung und Wirkung den ihm eigenthümlichen Regeln; die alte Forderung ist untergegangen; für sie bestellte Bürgen und Pfänder sind mithin befreit.[6] [7]

Der Vergleich hat eine allgemeine Aehnlichkeit mit dem *Urtheil*, da er, wie dieses, bestrittene Rechte zur Anerkennung bringt.[8] Dieser Gedanke hat im neueren Rechte eine greifbare Gestalt hinsichtlich der *über rechtshängige Gegenstände vor einem deutschen Gericht*, wie auch der *vor bestimmten anderen Behörden geschlossenen Vergleiche gewonnen*. Es findet aus denselben *Zwangsvollstreckung* statt.[9]

L. R. I, §§ 410. 411, vgl. jedoch §§ 394. 295. In der That sind aber Entsagung und Anerkennung den Vergleichschließenden zu Gebote stehende Mittel, welche freilich einen besonderen Charakter dadurch gewinnen, daß sie dem Vergleichszwecke dienen.

5) Vgl. oben § 81 Anm. 3.

6) Vgl. R. O. H. G. Bd. 1 n. 66 über einen Fall, in welchem behufs des Vergleiches Handlungen versprochen wurden und um deswillen L. R. I, 5 § 408 zur Anwendung kam.

7) Hiernach stehen die Entscheidungen des Obertribunals Bd. 15 S. 86 und Bd. 18 S. 173 nicht mit einander in Widerspruch. Gegen die Annahme, als hebe der Vergleich die alte Schuld schlechthin auf, geht namentlich L. R. I, 16 §§ 446. 449. Die Frage der Novation war von jeher eine bestrittene; die Ansichten mehrerer gemeinrechtlicher Schriftsteller führt an Risch a. a. O. S. 178 Anm. 11. Von preußischen Schriftstellern sprechen sich, ohne zu unterscheiden, gegen Novation aus Koch Kommentar zu L. R. I, 16 § 405, Förster Bd. 1 § 103, über Eccius a. a. O. siehe Anm. 3.

8) Vgl. l. 20 C. de transactionibus 2, 4: „non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse“, was für das römische Recht allerdings nicht viel mehr als eine Redensart ist. Vgl. übrigens unten Bd. 2 Anm. 33, R. G. Bd. 23 S. 42.

9) Nach der R. C. P. O. § 702 Ziff. 1 und 2 findet Zwangsvollstreckung statt aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zur völligen oder theilweisen Beilegung des Rechtsstreites vor einem deutschen Gericht — also nicht bloß vor dem Prozeßgericht — abgeschlossen sind, ferner aus Vergleichen, welche in Folge eines Sühneversuchs vor dem Amtsgericht nach § 471 zu Stande kamen. Auch die besonderen Gerichte, z. B.

Allgemeinen Grundsätzen nach kann der Vergleich den bestehenden Rechten Dritter nicht schaden, welche ihm nicht zustimmten.[10] War also für die ursprüngliche, im Vergleiche anerkannte Forderung Hypothek bestellt und der Vergleichschließende eingetragener Eigenthümer der verpfändeten Sache, so kann zwar jeder Theil verlangen, daß der Inhalt des Vergleiches, insoweit er die Forderung bestimmt, im Grundbuche vermerkt werde; den bereits bestehenden dinglichen Rechten Dritter kann jedoch diese Eintragung nicht schaden. Ebensowenig kann der Vergleich gegen Bürgen geltend gemacht werden, welche dem Abschlusse desselben nicht zustimmten. Dagegen können diese sich auf die Einrede des Vergleiches, wie auf alle anderen Einreden des Hauptschuldners berufen, womit sie den Vergleich aber auch gegen sich anerkennen.[11]

Vergleiche „dürfen über die Befugnisse der Gegenstände, auf welche sie sich beziehen, nicht ausgedehnt werden." Selbst dann, wenn sich die Vergleichschließenden über alle ihre wechselseitigen Forderungen verglichen haben, sind daher diejenigen Posten ausgenommen, welche dem Berechtigten zur Zeit des Vergleichsschlusses unbekannt waren,[12] es sei denn, daß sie sich über Bekanntes und Unbekanntes ausdrücklich verglichen haben.

Wie weit entkräftet Irrthum den Vergleich? Es versteht sich, daß die allgemeinen Grundsätze über Irrthum auch beim Vergleich Platz greifen. Der Vergleich ist daher namentlich ungültig, wenn bezüglich des Gegenstandes,

---

die Auseinandersetzungsbehörden, sind inbegriffen, vgl. Gesetz betr. das Verfahren in Auseinandersetzungssachen vom 18. Februar 1880 § 84. Nach § 706 der R. C. P. O. kann ferner die Landesgesetzgebung auf Grund anderer als der reichsgesetzlich bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zulassen. Demgemäß hat § 12 des preußischen Ausführungsgesetzes zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 den gemäß § 59 der Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 vor der Polizeibehörde geschlossenen Vergleichen, desgleichen die Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879 § 32 den vor einem Schiedsmann geschlossenen Vergleichen exekutorische Kraft verliehen. Die Vorschriften der R. C. P. O. über die Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren notariellen Urkunden haben auf die nach den Landesgesetzen vollstreckbaren Vergleiche entsprechende Anwendung zu finden. Demnach hat die beschränkende Vorschrift des § 686 Abs. 2 der R.C.P.O. bezüglich der Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, bei solchen Vergleichen keine Geltung. — Eine besondere Art ist der Zwangsvergleich — Akkord — im Konkurse, vgl. unten Bd. 2 § 125. Ueber Recesse in Ablösungssachen siehe unten § 214.

10) Hiernach schadet der Vergleich zwischen gesetzlichen Erben und Testamentserben den nicht zugezogenen Vermächtnißnehmern nicht. L. R. I, 16 § 440, unten Bd. 3 § 230.

11) Vgl. L. R. I, 16 § 445 ff. über die Verhältnisse der Bürgen, § 449 über die der Pfänder; letzterer Paragraph ist jedoch in der im Text ausgeführten Weise zu beschränken.

12) L. R. I, 16 §§ 426—429, vgl. l. 5 D. de transact. 2, 15. Auslegungsregeln hinsichtlich des Vergleiches über einen Inbegriff mit oder ohne Inventar giebt L. R. I, 16 §§ 436—438; vgl. etwa l. 29 C. de transact. 2, 4. Nach A. G. O. I, 23 § 21 und R. C. P. O. § 93 sind die Kosten eines Vergleiches, sowie des erledigten Rechtsstreites, soweit hierüber nicht bereits rechtskräftig erkannt ist, als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nichts Anderes vereinbart ist.

über welchen man sich vergleicht oder gegen welchen man sich vergleicht, bei einem der Theile wesentlicher Irrthum besteht.[13]

Hat man sich mit Rücksicht auf einen bestimmten Streitpunkt verglichen und tauchen dann andere Beanstandungen auf, deren Grund zur Zeit des Vergleichschlusses unbekannt war, so kann ihnen der Vergleich nicht entgegengesetzt werden.[14] War z. B. die Höhe eines Anspruches, etwa eines Vermächtnisses streitig, nach dem Vergleichsschlusse ergiebt sich aber, daß der Anspruch selbst nicht besteht, weil z. B. das Vermächtniß rechtsgültig durch ein späteres Kodicill vom Erblasser aufgehoben war, so steht jener Vergleich der Rückforderung des Gezahlten aus diesem neuen Grunde nicht entgegen. Wenn ferner die Parteien darüber stritten, ob ein Geschäftsführer zur Anrechnung gewisser Auslagen befugt sei, deren Höhe man nicht bezweifelte, es ergiebt sich aber nach Abschluß des Vergleiches, daß der Betrag jener Auslagen zu hoch angesetzt war, so steht der Vergleich einer entsprechenden Ermäßigung der Auslagen nicht entgegen.

Auch die Berichtigung von Rechnungsfehlern, welche beim Vergleiche unterliefen, ist natürlich gestattet.[15] Nur ist die Zeit der Anfechtung eines Vergleiches wegen Rechnungsfehler auf zehn Jahre beschränkt, es handle sich denn um Additions- oder Subtraktionsfehler, welche gegen den Vergleichschließenden selbst, nicht aber gegen dessen Erben, auch noch nach zehn Jahren gerügt werden können.

Es ist folgerecht, eine Anfechtung des Vergleichs nicht um deswillen zu gestatten, weil die Punkte, über welche Streit herrschte und über die man sich verglich, durch später aufgefundene Beweise, insbesondere durch Urkunden zu Gunsten des einen Theiles aufgehellt wurden.[16] Dennoch läßt das

---

13) L. R. I, 16 § 417. Unten § 108 bei Anm. 12.

14) Vgl. L. R. I, 16 § 426. Wenn der gesetzliche Erbe, nachdem er das Testament des Erblassers wegen eines Formfehlers angegriffen hatte, dem Testamentserben vergleichsweise die Erbschaft gegen eine Abfindung überlassen hatte, so kann er demselben dennoch die Erbschaft später aus dem Grunde abstreiten, daß das Testament untergeschoben war, weil sich der Vergleich hierauf nicht bezog. Die erhaltene Abfindung wird er freilich im Falle des Sieges im zweiten Prozesse nicht behalten können, denn diese hat der Testamentserbe offenbar für das Behalten der Erbschaft gegeben, und es steht diesem daher im Falle ihrer Entziehung durch den gesetzlichen Erben die condictio sine causa auf Rückgabe der Abfindung zu. Anders aber stünde es wiederum, wenn die Abfindung nachweisbar nur für den Abstand von dem Anfechtungsmittel wegen des Formfehlers gegeben war.

15) L. R. I, 16 § 431 ff., vgl. l. un. C. de errore calculi 2, 5. Wegen des Rechnungsfehlers kann derjenige, zu dessen Schaden er war, in der Regel nur Berichtigung, nicht Aufhebung des Vergleiches verlangen. Der Gegentheil darf jedoch zwischen Berichtigung und Aufhebung des Vergleiches wählen, vgl. § 433 und 434 a. a. O.

16) Das römische Recht schloß die Anfechtung aus diesem Grunde aus. l. 19 C. de transactionibus 2, 4.

preußische Recht einer verbreiteten älteren Praxis gemäß Anfechtung des Vergleiches wegen solcher später aufgefundener Urkunden zu, welche das vergleichsweise aufgegebene oder geminderte Recht völlig außer Zweifel setzen.[17]

§ 83. Fortsetzung. Erschwerungen und Beschränkungen der Vergleiche.

1. Ungültig sind Vergleiche über Rechte, welche der Verfügung des Vergleichschließenden nicht unterstehen. Ein Vergleich z. B., wonach eine Ehe getrennt werden soll, wäre nichtig. Ebenso ist ein Vergleich zur Verheimlichung eines Verbrechens, welches von Amtswegen zu verfolgen ist, als unsittliches Geschäft nichtig, während der Vergleich über die Nichtverfolgung eines Verbrechens, welches nur auf Antrag des Verletzten zur Untersuchung zu ziehen ist, Geltung hat, sofern nicht im gegebenen Falle eine Unsittlichkeit in ihm liegt oder eine Erpressung zu finden ist.[1]

2. Der Abschluß des Vergleiches ist erschwert, da derselbe als ein außerordentliches, sonderlich über die gewöhnliche Vermögensverwaltung hinausgehendes Geschäft gilt. Insbesondere bedarf es daher zum Vergleichsschlusse durch einen Vertreter in der Regel einer Specialvollmacht,[2][3] ferner

---

17) Vgl. L. R. I, 16 § 420. Nach § 421 sollte bei dieser Anfechtung Anwendung finden, was die Prozeßordnung wegen Anfechtung eines rechtskräftigen Erkenntnisses aus neu aufgefundenen Urkunden vorschreibt. Dies ist gegenstandslos geworden, da die Restitutionsklage der A. G. O. I, 16 § 17 ff. durch die R. C. P. O. beseitigt ist, die der R. C. P. O. § 543 aber auf Anfechtung von Urtheilen beschränkt ist; Eccius bei Förster Bd. 1 § 103 Anm. 29. Die Anfechtung des Vergleiches ist damit jedoch nicht beseitigt, sie hat durch Feststellungsklage zu geschehen. Die achtwöchentliche Frist der Restitutionsklage der A. G. O. von Entdeckung der Urkunde an — welche Eccius a. a. O. Anm. 30 noch als praktisch ansieht, läßt sich von dieser nicht loslösen. Auch diese Frist ist daher nicht mehr praktischen Rechtes.

1) L. R. I, 16 §§ 415, 416. Bezüglich der Vergleiche über Antragsvergehen sind zwei Fragen zu unterscheiden. Die eine ist: ob ein Vergleich, mittels dessen der Verletzte auf Stellung des Strafantrages verzichtet, seinem Antrage im Strafverfahren entgegengesetzt werden kann. Dies ist von dem vor dem Schiedsmann geschlossenen Vergleich über Beleidigungen — Strafprozeßordnung § 420 — abgesehen zu verneinen. Denn das Strafgesetzbuch kennt als Gründe der Erlöschung des Antragsrechts nur Ablauf der gesetzlichen Frist und in den gesetzlich vorgesehenen Fällen Zurücknahme des Antrages; vgl. Str. G. B. § 64, Entsch. des R. G. in Strafsachen Bd. 3 S. 221. Die andere Frage ist: ob ein Vergleich über Nichtstellen des Antrages gegen entsprechende Entschädigung wirkungslos ist? Dies ist keineswegs der Fall. Die Abfindung wird geschuldet, aber unter der Bedingung, daß der Antrag nicht dennoch rechtzeitig gestellt wird. Vgl. Eccius Bd. 1 § 103 Anm. 11.

2) L. R. I, 13 § 102, unten § 114 Abs. 1. Auch die gemeinrechtlich herrschende Ansicht fordert Specialvollmacht zum Abschlusse eines Vergleiches, es sei denn der Generalbevollmächtigte mit der Klausel „cum libera“ angestellt. Es gründet sich dies auf cap. 4 in f. de procuratoribus in 6to 1, 19. Das römische Recht hingegen kannte einen solchen Formalismus nicht, behandelte vielmehr den Umfang der Vollmacht als Absichtsfrage. Vgl. Puchta Pand. § 53. l. 58. l. 59. l. 60 D. de proc. 3, 3. l. 17 § 2 D. de jurejurando 12, 2.

3) Die Prozeßvollmacht ermächtigt nach R. C. P. O. §§ 77 zur Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich, also nicht bloß zu Vergleichen beim Prozeßgericht.

hat der Vormund Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nöthig, wenn der Gegenstand des Vergleichs 300 Mark überschreitet oder unschätzbar ist.[4]

3. Aus der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre ist die Bestimmung übernommen, daß man sich über letztwillige Verordnungen vor deren Publikation nicht gültig vergleichen könne.[5] Man wird dies auf den Fall einschränken müssen, daß den Vergleichschließenden der Inhalt der letztwilligen Verordnung unbekannt war, indem nur für diesen Fall das Verbot zu rechtfertigen ist.

4. Das Landrecht hat mit Grund den Satz des römischen Rechtes nicht aufgenommen,[6] daß Vergleiche gegen den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils nichtig seien. Insbesondere kann die Art der Erfüllung eines rechtskräftigen Urtheils durch Vergleich näher bestimmt werden.[7] [8]

Die Vergleichsbefugniß hat aber ihre Grenze im Gegenstand des Prozesses; der Bevollmächtigte kann nicht andere Ansprüche des Vollmachtgebers aufgeben, um zu einem günstigen Vergleich zu gelangen. Seuffert R. C. P. O. § 77. Dem Prozeßbevollmächtigten darf die Vollmacht zum Vergleichsschluß entzogen werden R. C. P. O. § 79; die Beschränkung muß aber, um Dritte zu binden, in die Vollmacht aufgenommen oder ihnen bekannt sein.

4) V. O. § 42 unter 8. Vgl. Eccius Bd. 1 § 103 Anm. 6 und unten Bd. 3 § 83.

5) L. R. I, 16 § 442. Die gemeinrechtliche Doktrin entnahm dies aus l. 6 D. de transact. 2, 15, identisch mit l. 1 § 1 D. quemadmodum testamenta aper. 29, 3. Der Jurist Gajus rechtfertigt hier die Bestimmung, wonach Jeder die Einsicht und Abschrift der Testamentsurkunde verlangen kann, daraus, daß man ohne Kenntniß der Testamentsworte über Streitigkeiten, welche aus dem Testamente herrührten, weder sich vergleichen noch richterliche Entscheidung erlangen könne. Was so als Thatsache hervorgehoben war, mißverstand die gemeinrechtliche Lehre als Bedingung der Gültigkeit des Vergleiches, da der Vergleich ohne Kenntniß des Inhalts der Urkunde unter den Begriff des Spiels falle.

6) Ueber die geschichtliche Veranlassung dieses Satzes siehe Dernburg Pand. Bd. 2 § 109 Anm. 7.

7) Oben § 82 Anm. 2. L. R. I, 16 §§ 408. 409. Gleichwohl nimmt unter Anderen Förster-Eccius Bd. 1 § 103 bei Anm. 10 an, daß auch nach preußischem Rechte „ein durch rechtskräftiges Urtheil bestimmtes Recht durch Vergleich nicht weiter bestimmt werden kann und darf." Eccius findet hierin den guten Sinn, „daß ein Vergleich, der das rechtskräftig Entschiedene noch als ungewiß" voraussetze und deshalb abweichende Feststellungen treffe, wegen Irrthums oder Simulation nicht bestehe. Doch dies ist etwas ganz Anderes als der von Förster formulirte Satz, und kann dessen Sinn nicht bilden. Nach code civ. Art. 2056 soll allerdings der Vergleich nichtig sein, wenn den Parteien das Vorhandensein des rechtskräftigen Urtheils beim Vergleichsschluß unbekannt war. Hiernach gestaltet sich die Sache zu einer Anfechtung ob instrumentum noviter repertum, oben § 82 a. E.

8) Der aus dem späteren römischen Rechte stammende Rechtssatz, wonach der Vergleich über letztwillig hinterlassene, noch nicht fällige Alimente obrigkeitlicher Bestätigung bedurfte, — l. 8 pr. u. ff. D. de transactionibus 2, 45 wurde vom Landrechte I, 16 §§ 413. 414, Anhang § 51 in Uebereinstimmung mit dem älteren gemeinrechtlichen Brauche auf künftige Alimentenforderungen jeder Art ausgedehnt, hingegen durch das Gesetz vom 11. Juli 1845 über die Formen einiger Rechtsgeschäfte beseitigt. Koch im Kommentar zu L. R. I, 16 § 414 findet die Abänderung von zweifelhaftem Nutzen, weil das öffentliche Interesse wegen Sicherstellung der Armenverbände gegen Belastung

§ 84. Protestationen. Reservationen.

Protestationen sind einseitige Willenserklärungen einer Partei an eine andere, durch welche sie die Wirkung von Thatsachen, welche ihre Rechte gefährden, von sich abweist.

Der Protestirende muß die Protestation dem Gegentheil durch den Gerichtsvollzieher zustellen lassen.[1] Häufig ist deren Wirkung von der Vornahme innerhalb gewisser Frist abhängig.[2]

Die Kraft der Protestation reicht nur soweit, als ihr das Recht zugesteht, die Beeinträchtigung von Gerechtsamen zu hindern. Sie wirkt insbesondere gegenüber einem Ersitzungsbesitze[3] und anderen Anmaßungen, sowie gegen Scheinrechte,[4] welche sich zum Rechte gestalten könnten. Erklärungen, welche mit den nothwendigen Folgen unserer Willenshandlungen im Widerspruche stehen — protestationes facto contrariae — sind rechtlich ohne Bedeutung.

Die früher s.g. hypothekarischen Protestationen begreift die jetzige Gesetzgebung unter den Vormerkungen. Auch sie bezwecken eine Verwahrung, indem sie der durch den Inhalt des Grundbuches gegebenen, die Ansprüche des Protestirenden möglicherweise bedrohenden Verkehrslegitimation der in dasselbe eingetragenen Personen entgegentreten.[5] Sie sind aber keine bloßen Parteierklärungen, sondern richterliche Verfügungen.

Verschieden von den Protestationen sind die Reservationen, d. h. Vorbehalte bei Vornahme einer rechtlichen Handlung, durch welche man einer nachtheiligen Auslegung derselben vorbeugt.[6]

---

mit der Unterhaltung des Alimentarius nach Durchbringung der Vergleichssumme zu wahren sei.

1) L. R. I, 14 §§ 466. 467. Nach dem Preußischen Ausführungsgesetz zur R.C.P.O. vom 24. März 1879 § 1 Abs. 3 können Zustellungen der Gerichtsvollzieher auch in nicht gerichtlichen Rechtsangelegenheiten die Stelle einer gerichtlichen Bekanntmachung vertreten. In Einzelfällen begnügt sich das Landrecht mit einer außergerichtlichen Anzeige an die Gegenseite, so bei der Protestation einer Frau in gütergemeinschaftlicher Ehe gegen Verfügungen ihres Mannes L. R. II, 1 § 387, unten Bd. 3 § 37 Anm. 28. Vgl. auch L. R. I, 7 §§ 57. 83. Verbindung des Protestes mit einem Beweise zum ewigen Gedächtnisse findet sich z. B. L. R. I, 18 §§ 298. 299. Ueber eine eigenartige Protestation unter Aufnahme eines Notariatsinstruments siehe L. R. I, 12 § 33; unten Bd. 3 § 104 Anm. 26.

2) So soll gegen ein durch Verführung zum Trunk zu Stande gebrachtes Geschäft innerhalb 8 Tagen protestirt werden, L. R. I, 4 §§ 92. 93, vgl. ferner I, 20 § 564 und — jetzt veraltet — I, 4 § 45.

3) L. R. I, 9 § 603.

4) Z. B. Protestation gegen die Legitimität eines Kindes L. R. II, 2 § 7 ff. unten Bd. 3 § 43, vgl. L. R. I, 18 § 296.

5) Vgl. unten § 204. Ueber Wechselproteste siehe unten Bd. 2 § 254.

6) L. R. I, 14 § 469. Beispiele geben L. R. I, 5 § 307. I, 11 § 797, der Fall bei Hommel rhaps. obs. 222; ferner L. R. I, 20 § 156. Siehe ferner unten § 104 z. A.

Sie bedürfen, um der Gegenparthei gegenüber wirksam zu werden, an sich der gerichtlichen Form nicht.[7]

§ 85. Entsagung.

Die privatrechtliche Freiheit gipfelt darin, daß der Berechtigte die ihm zustehenden Gerechtsame durch seinen Willen — durch Entsagung — ganz oder theilweise, für immer oder zeitweise aufheben kann, und zwar mit oder ohne Entgelt.[1] In letzterem Falle kann die Entsagung zu einer Schenkung an denjenigen werden, welchem aus der Vernichtung oder Einschränkung jenes Rechtes ein Vortheil erwächst.[2]

Es werfen sich folgende Fragen auf: In Betreff welcher Rechte ist die Entsagung zulässig? welchen Grad von Bestimmtheit des Willens verlangt sie? welches ist ihre äußere Form?

1. Die Entsagung auf ein künftiges, erst erwartetes Recht scheint der logischen Folge zu widersprechen, vermöge deren die Entstehung eines Dinges dessen Vernichtung vorherzugehen hat. Um deswillen war eine solche Entsagung im älteren römischen Rechte überhaupt unstatthaft und es hat sich hiervon noch im jüngsten römischen Rechte erhalten, daß Erbverzichte rechtsunwirksam sind, welche vor der Berufung zur Erbschaft, insbesondere vor dem Tode des Erblassers, abgegeben waren.[3] Nach dem heutigen Rechte hingegen ist die Entsagung auf zukünftige Rechte, also auch auf Erbschaften, an sich ebenso rechtsverbindlich,[4] wie diejenige auf bereits erworbene Gerechtsame, es sei denn, daß ihr Interessen der öffentlichen Ordnung, der Rechtssicherheit oder

7) Aber Dritten gegenüber wirken sie häufig nur, wenn sie diesen gerichtlich mitgetheilt sind. L. R. I, 11 § 465.

1) L. R. I, 16 §§ 378—404. Das L. R. bestimmt die Entsagung als die Erklärung, von einem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen. Die Entsagung bezieht sich aber nicht bloß auf den Gebrauch, sondern auch auf das Bestehen des Rechtes.

2) L. R. I, 16 § 393 wird geradezu erklärt, daß eine unentgeltliche Entsagung einer Schenkung gleichzuachten sei. Dieser Ausspruch geht jedoch zu weit und ist mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze über Schenkungen zu beschränken. Vgl. unten Bd. 2 § 161 Abs. 2. Vor Allem ist vorausgesetzt, daß ein Anderer durch die Entsagung bereichert wird, was z. B. bei Erlaß einer Sicherheit, die der Schuldner gestellt hat, keineswegs der Fall ist; dann, daß der Entsagende seinerseits aus seinem Vermögen etwas verliert, was z. B. gleichfalls nicht anzunehmen ist bei Erlaß einer bloßen Sicherung, z. B. einer Bürgschaftsschuld, aber auch nicht beim Verzicht auf eine erst angetragene Erbschaft. L. R. I, 11 § 1039, unten Bd. 2 § 162 Anm. 8. Auch der animus donandi muß vorhanden gewesen sein, damit von einer Schenkung durch die Entsagung die Rede sei, was z. B. dann nicht der Fall sein wird, wenn man einem Rechte entsagt, welches man für materiell ungerechtfertigt hält. Selbst bei einer Entsagung, welche eine Schenkung bezweckt, verlangt das Obertribunal nicht die Beobachtung der Form der Schenkungen, also nicht gerichtlichen Abschluß. Plenarbeschluß vom 24. Februar 1840, Präj. n. 801, Entsch. Bd. 5 S. 261. Der Schenkungsstempel ist aber anzuwenden nach Striethorst Archiv Bd. 95 S. 13.

3) l. 3 C. de collationibus 6, 20. l. 16. D. de suis et leg. her. 38, 16.

4) Vgl. L. R. I, 12 § 649 ff.

der Sittlichkeit dem entgegentreten.[5] So ist namentlich der Vertrag, daß für künftige Arglist nicht gehaftet werden solle, rechtsunwirksam, ferner die Außerkraftsetzung des Eintritts künftiger Verjährung beschränkt.[6]

Entsagung auf künftige Ansprüche bezeichnet, was für die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen von Wichtigkeit ist, das Landrecht als Verzicht, die Entsagung auf bereits erworbene Rechte als Erlaß.[7]

2. Eine in allgemeinen Ausdrücken bei einem Geschäftsschlusse abgegebene Entsagung auf Einwendungen ist unverbindlich.[8] [9] Dies rechtfertigt sich dadurch, daß allgemeine Entsagungen häufig formularmäßig in die Verträge aufgenommen werden, ohne daß sich die Parteien die Tragweite derselben klar machen, während sie die Entsagung voraussichtlich nicht wollen würden, wenn ihnen die besonderen Umstände, auf welche sich die Einwendung gründet, vor Augen gestanden hätte. Ferner muß nach der Bestimmung des preußischen Rechtes die Entsagung der Regel nach „ausdrücklich" abgegeben werden, damit sich der Handelnde dessen, was er thut, vollständig bewußt sei.[10] Soll der Verzicht durch einen Stellvertreter geschehen, so bedarf es der Regel nach einer Specialvollmacht.[11]

3. Obgleich die überwiegende Ansicht der Praktiker im vorigen Jahrhunderte dahin ging, daß es der Annahme der Entsagung zu deren Geltung nicht bedürfe,[12] so hat das Landrecht dennoch für die Regel deren Annahme gefordert.[13] Natürlich gilt dies nur für solche Berechtigungen, denen ein bestimmter Verpflichteter gegenübersteht, nicht also z. B. für die Ent-

---

5) Vgl. L. R. I, 16 § 400 und unten Bd. 3 § 5 bei Anm. 5.

6) Unten § 164 bei Anm. 11.

7) L. R. I, 16 § 379. Das Gegentheil lehrt Koch Kommentar, welcher diesen Ausdrücken, entgegen dem ausgesprochenen Willen des Gesetzes, einen neuen Sinn beilegt und daraufhin mit dem Texte des Landrechts operirt.

8) L. R. I, 5 § 193. Daß die römischen Juristen ähnliche Erwägungen angestellt haben, geht aus l. 4 § 4 D. si quis cautionibus 2, 11 hervor. Die communis opinio hat freilich aus dieser Entscheidung, sie ungeschickt erklärend, den wenig rationellen Satz abgeleitet: renunciationem exceptionum generalem non valere, nisi praecesserit specialium quarundam exceptionum enumeratio. Stryk usus modernus II, 11 § 9 u. A.

9) Von dieser besonderen Bestimmung abgesehen ist ein genereller Verzicht nach preußischem Recht nicht unzulässig, z. B. auf jede Art der Gewährleistung, künftige Einlegung von Rechtsmitteln, Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 476, vgl. L. R. I, 16 § 404.

10) L. R. I, 16 § 381. Ueber Entsagung auf eine Forderung durch Rückgabe der Schuldurkunde vgl. vorläufig I, 16 §§ 390 ff. Die Entsagung auf Einwendungen gegen eine Forderung soll jedoch auch stillschweigend geschehen können; a. a. O. § 382. — Nicht im Widerspruch steht L. R. I, 5 § 197, wie dies Koch Kommentar zum § 197 unterstellt. Denn dort wird die ausdrückliche Entsagung gleichbedeutend mit der speciell erklärten genommen, im Gegensatze zu einem generellen Verzichte. Vgl. Anm. 9.

11) L. R. I, 13 §§ 103. 104. Für Prozeßvollmachten gelten nach der R. C. P. O. § 77 ff. die oben § 83 Anm. 3 angeführten Grundsätze.

12) Z. B. Berger oeconomia juris II, 2. th. 28. Hommel rhaps. obs. 11 u. A. Ueber das römische Recht vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 537 ff.

13) L. R. I, 16 §§ 388.

sagung des Eigenthums. Auch schließt sich das Landrecht an die gemeine Ansicht des vorigen Jahrhunderts durch den Satz an, daß „gerichtliche Entsagungen keiner Annahme bedürfen."[14] Wann aber tritt solche einseitige gerichtliche Entsagung in Wirksamkeit? Folgerecht unmittelbar mit Vollziehung dieses Aktes, auch wenn der durch ihn Begünstigte noch keine Kenntniß desselben gewonnen hat. Anders aber ist es, wenn die Absicht des Verzichtenden war, die Wirkung noch bis zur Mittheilung an den andern Theil aufzuschieben oder gar noch von weiterer Verhandlung mit ihm abhängig zu machen.

Den allgemeinen Vorschriften des Landrechts gemäß muß bei Gegenständen über 150 Mark die Entsagung schriftlich sein,[15] [16] nicht aber deren Annahme.

4. Die Wirkung der Entsagung ist rechtsvernichtend, nicht Rechte gründend. Der Verzicht auf Einwendungen kann indessen einen positiven Erfolg haben, indem er die Anfechtung des bisher entkräftbaren Rechtes unthunlich macht. Dies ist aber nicht möglich, wenn es sich um den Mangel eines wesentlichen Bestandtheiles des Geschäftes handelt,[17] da hier dem Anspruche die Grundlage fehlt, welche nicht durch Verzicht auf Einwendungen, sondern höchstens durch Anerkennung hergestellt werden kann.[18]

Die allgemeinen Auslegungsregeln über Willenserklärungen gelten auch für Entsagungen. Der in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach aufgestellte Satz, daß Verzichte strikt dem Wortsinne nach auszulegen seien, hat also im Landrecht keinen Boden.

---

14) L. R. I, 16 § 392. Auch nach der Reichscivilprozeßordnung ist der Verzicht im Prozeß ein einseitiges, prozessualisches Rechtsgeschäft. Es bedarf seiner Annahme nicht. Zwar wird dies nur für Verzicht auf Rechtsmittel und auf den Einspruch ausgesprochen R. C. P. O. § 475. 311. 529, es liegt indeß hierin die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes. So Wach Archiv f. c. Pr. Bd. 64 S. 242. Hiernach ist der einmal gerichtlich erklärte Verzicht auf den Anspruch oder auf ein prozessualisches Rechtsmittel nicht zurückziehbar. Allerdings verlangt R. C. P. O. § 277 zur Abweisung des Anspruchs den Antrag des Beklagten. Damit ist aber nur ausgesprochen, daß es ohne solchen zu einem freisprechenden Urtheil nicht kommt. Der Antrag auf Verurtheilung ist gleichwohl durch den Verzicht endgültig zurückgenommen. Vgl. auch Struckmann und Koch zu R. C. P. O. § 277.

15) L. R. I, 16 § 387. I, 5 § 134.

16) Die Geltendmachung des Formmangels kann wegen Arglist des Entsagenden ausgeschlossen sein. Ein Beispiel enthalten die Entscheidungen des Obertribunals Bd. 45 S. 49. Ein Vorkaufsberechtigter erklärte sich vor und bei Abschluß des Kaufvertrags, mittelst dessen das diesem Rechte unterworfene Grundstück an einen Dritten veräußert wurde, mit dem Geschäfte mündlich einverstanden, ja er hatte den Käufer selbst veranlaßt, das Grundstück zu kaufen. Hinterher reute ihn die mündliche Zustimmung und er machte sein Vorkaufsrecht geltend. Das Obertribunal ließ dessen Geltendmachung nicht zu. Vgl. auch unten § 127 Anm. 3.

17) L. R. I, 16 § 401.

18) L. R. I, 16 § 403. Die dunkele Auslegungsregel des § 404 kann auf sich beruhen.

C. Bedingungen, Zeitbestimmungen und Endzweck.

§ 86. Wesen der Bedingungen.[1]

1. Eine besondere Klasse der Rechtsgeschäfte bilden die bedingten. Die Aufgabe dieser Geschäfte ist, bereits in der Gegenwart Verfügungen für erst künftige, bloß mögliche und zunächst nur gedachte Eventualitäten zu treffen. Nicht das Dasein des Willens ist hier, wie man häufig behauptet hat, ungewiß und abhängig von der Wirklichkeit eines Umstandes.[2] Vielmehr ist die Willenserklärung fertig und entschieden. In der Schwebe ist nur die Wirkung des Geschäfts, da es nur Erfolg haben soll für den Fall des Eintrittes des vorausgesetzten Zustandes,[3] sonst aber wirkungslos bleiben soll.[4]

2. Wir ordnen bei Abfassung eines bedingten Geschäftes den Erfolg unserer Verfügungen den Gestaltungen der Zukunft unter. Gleichwohl ist der Zweck bei Setzung der Bedingung in sehr vielen Fällen gerade, durch das bedingte Geschäft nach unseren Absichten die Zukunft zu gestalten. Dies namentlich

---

1) L. R. I, 4 §§ 99—144, I, 5 §§ 226—229, I, 11 §§ 258—265, Zenthoefer Definition der Bedingung bei Gruchot Bd. 22 S. 240 ff., über gemeines Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 105 und dort Citirte.

2) So Fitting: Ueber den Begriff der Bedingung im Archiv für civilistische Praxis Bd. 39 S. 305 ff., Förster Bd. 1 § 36, dagegen aber Eccius daselbst.

3) Ein suspensiv bedingtes Geschäft ist ein anderes als das im Uebrigen gleichlautende unbedingte Geschäft. Wenn z. B. Kläger in seiner Klage anführt, er habe vom Beklagten 300 Pfund Kartoffeln gegen Zahlung von 72 Mark gekauft, dieser aber wendet ein, er habe dem Kläger die Kartoffeln mit der Bedingung verkauft, daß dieser sie binnen 14 Tagen abhole oder er habe nur auf Probe gekauft — unten Bd. 2 § 153 Anm. 3 —, so tragen beide ein verschiedenes Geschäft vor. Die Behauptung des Beklagten, fälschlich häufig qualificirtes Geständniß genannt, kann daher nicht etwa der Art behandelt werden, daß man die Anführung des Klägers für zugestanden ansieht und dem Beklagten den Beweis der Bedingung auflegt, vielmehr hat Kläger z. B. durch Urkunden oder Zeugen darzuthun, daß ein Geschäft des Inhaltes, wie der von ihm vorgetragene, geschlossen worden sei. R. G. Bd. 24 S. 171. — Aber freilich genügt es, daß Kläger den Geschäftsschluß in der von ihm behaupteten Weise darthue, seinerseits hat er, wenn dieser Nachweis einmal gelungen ist, den Beweis der Nichtzufügung etwaiger Bedingungen, als einer Negation — unten § 128 — keineswegs außerdem zu führen. Das Letztere — aber nicht mehr — bestimmt L. R. I, 5 § 229: „daß ein Vertrag unter besonderen Bedingungen geschlossen wurde, wird nicht ... vermuthet." Ein etwa abzuleistender Eid muß in solchen Fällen mit Rücksicht auf die behauptete Unbedingtheit geformelt werden. In der preußischen Praxis war die willkürliche Theilung der bedingten Zugeständnisse früher verbreitet. Mit unserer Ausführung stimmt überein Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 277, sowie das R. O. H. G. Bd. 11 S. 363, desgleichen im Wesentlichen Eccius Bd. 1 § 36 Anm. 58 gegen Förster. Die gemeinrechtliche Litteratur siehe bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 116 Anm. 3. — Wer eine auflösende Bedingung geltend macht, hat deren Zufügung zum Geschäft und ihren Eintritt zu erweisen, da die Beendigung eines Rechtes dem zu beweisen obliegt, welcher sie geltend macht. R. G. Bd. 24 S. 411, Bd. 28 S. 145; vgl. auch unten § 87 bei Anm. 6. Offen läßt die Fragen R. C. P. O. § 262 Abs. 2.

4) Immerhin kann auch nach Ausfall der aufschiebenden Bedingung aus dem Geschäft auf Rückgabe etwa im voraus gemachter Leistungen geklagt werden; ebenso ist es im Falle des Eintrittes einer auflösenden Bedingung. Das Letztere haben bereits die römischen Juristen anerkannt l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3: et quidem finita est emtio! — sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere.

dann, wenn eine Zuwendung an eine Thätigkeit oder an den Erfolg einer Thätigkeit geknüpft wird, welche der bedingt Berechtigte vornehmen soll, z. B. wenn eine Erbeseinsetzung an eine Handlung des bedingt Eingesetzten oder wenn eine Belohnung an das Zuführen eines Käufers geknüpft ist oder wenn eine Auslobung vorgenommen wird. Daher stellte denn auch das römische Recht mit gutem Grunde den zufälligen Bedingungen die potestativen und die gemischten, bei welchen der Wille des Berechtigten ausschließlich oder in Verbindung mit hiervon unabhängigen Ereignissen den gewünschten Zustand herbeiführt, als besondere Art gegenüber.[5]

Das von einer potestativen oder gemischten Bedingung abhängige Geschäft giebt einen Anreiz zum Thun oder Unterlassen; begründet aber keinerlei Verpflichtung des bedingt Berechtigten. Es kann daher nicht auf deren Verwirklichung gegen ihn geklagt werden.[6] [7]

3. Nicht alle Geschäfte lassen Bedingungen zu. Es giebt nämlich Verhältnisse, welche zweckmäßigerweise nicht in der Schwebe sein können, so daß Rechtsgeschäfte, welche sie in bedingter Weise ins Leben rufen wollen, nichtig sind; z. B. die Ehe, die Anerkennung eines Kindes,[8] die Kindesannahme, die Befreiung von der väterlichen Gewalt. Unbedingt muß auch die „Prokura" ertheilt sein. Auch die Auflassung eines Grundstückes kann nicht bedingt geschehen.[9] Ferner ist eine bedingte Erklärung unwirksam und steht einer Nichterklärung gleich, wenn die Erklärung innerhalb einer gewissen Frist zu geschehen hat. Insbesondere wird bedingte Annahme oder Entsagung einer Erbschaft während der sechswöchentlichen

---

5) l. un. § 7 C. de caduc. tollend. 6, 51. Wenn einige Schriftsteller Potestativbedingungen auch diejenigen Bedingungen nennen, deren Erfüllung von dem Willen des bedingt Verpflichteten abhängig ist, so ist dies im Interesse eines festen und sicheren Sprachgebrauchs nicht zu billigen. Das Landrecht hat die Eintheilung, welche übrigens in der Sache begründet ist, überhaupt nicht.

6) Ob freilich bloße Bedingung oder ob Auflegung einer Verpflichtung vorliegt, ist Absichtsfrage, Julianus l. 41 pr. D. de contr. emt. 18, 1: cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emtum rogasset, ut esset is sibi emtus, si venditor eum liberasset .. quaesitum est, an utiliter agere possit ex emto in hoc, ut eum liberaret? Respondit: videamus quid inter ementem et vendentem actum sit . . . si vero sub condicione emtio facta sit, non poterit agi, ut condicio impleatur.

7) Ueber Vertragstrafen und ihre Besonderheiten gegenüber gewöhnlich bedingten Geschäften Bd. 2 § 39.

8) Keine vollständig bindende Kraft haben auch bedingte Ehegelöbnisse L. R. II, 1 § 95, vgl. unten Bd. 3 § 10.

9) Im römischen Rechte ließen gewisse Rechtsgeschäfte schon ihrer Form nach keine Bedingungen oder Befristungen zu. Dies ging soweit, daß jede Hinzufügung, welche die Form der Bedingung an sich trug, das Rechtsgeschäft vernichtete, selbst wenn es sich hierbei nicht um eigentliche Bedingungen, sondern nur um Hervorhebung solcher Umstände handelte, welche nach den Rechtsvorschriften ohnehin die Wirkung des Geschäftes bedingten, oder das Eintreten der Rechtsfolgen, die ohnehin nach dem Gesetze eintraten, als Bedingung setzten, also von sogenannten condiciones juris. Bei uns, wie

gesetzlichen Ueberlegungsfrist als nicht geschehen behandelt;[10] und muß eine Abandonerklärung, mittels deren der Seeversicherte vom Versicherer die Versicherungssumme gegen Abtretung seiner Ansprüche auf den versicherten und verschollenen oder sonst gefährdeten Gegenstand innerhalb bestimmter Zeit fordern kann, um gültig zu sein, ohne Vorbehalt oder Bedingung erfolgen.[11] Auch die Annahme einer Offerte hat unbedingt zu geschehen;[12] eine bedingte Kündigung ist wirkungslos;[13] nicht minder ist die bedingte Einlegung eines Rechtsmittels sowie eines Strafantrags ungültig.[14] [15]

§ 87. Aufschiebende und auflösende Bedingungen im Allgemeinen.

Die Bedingungen sind entweder aufschiebende — suspensive — oder auflösende — resolutive. Wird das Zustandekommen des Geschäftes an die Bedingung geknüpft, so ist die Bedingung aufschiebend,[1] wird die Auflösung des Geschäftes von der Bedingung abhängig gemacht, so ist sie auflösend.[2]

Die aufschiebende Bedingung findet ihren zutreffendsten Ausdruck in einem Kondicionalsatze durch die Einführung mit „wenn";[3] die auflösende Bedingung wird am unzweideutigsten erklärt durch einen besondern Satz, welcher die Auflösung an das Wenn knüpft. So bestimmt und scharf spricht man sich aber im heutigen Verkehr oft nicht aus. Man verspricht z. B. Gelder „zu" einem

---

auch im gemeinen Rechte, finden sich dergleichen Formalgeschäfte nicht, vielmehr entscheidet stets das Wesen des Rechtsverhältnisses über die Zulässigkeit von Bedingungen und es kann die ausdrückliche Hinzufügung einer condicio juris, die ohnedem eintreten würde, der Geltung eines Rechtsaktes nie schaden.

10) L. R. I, 9 § 394 ff., vgl. unten Bd. 3 § 219.

11) Handelsgesetzbuch Art. 870, vgl. unten Bd. 2 § 236.

12) L. R. I, 5 §§ 84. 85.

13) Siehe unten Bd. 2 § 60.

14) R. G. in Strafsachen Bd. 14 S. 96.

15) Bezieht sich dies Alles auch auf condiciones in praeteritum und in praesens collatae? unten § 91 unter 1. Jemand nimmt z. B. das Angebot einer Menge Baumwolle unter der Bedingung an, daß der Börsenpreis zu Liverpool an den bereits verflossenen Börsenstunden der oder jener gewesen sei? Bei Gelegenheit der Berathung des deutschen Handelsgesetzbuches Art. 322 wurde bemerkt, derselbe betreffe selbstverständlich solche Bedingungen nicht, und Koch Kommentar zu diesem Artikel stimmt dem bei. Dagegen Makower Kommentar zu demselben Artikel. Soll der Stettiner Kaufmann, fragt er, der einem Berliner Kaufmann eine Ladung Thee anstellt, gebunden sein, wenn dieser die Annahme zwar erklärt, aber nur unter der Bedingung, daß in China augenblicklich Schiffsgelegenheit zum Hertransport vorhanden sei! — Wir würden weder schlechthin bejahen noch verneinen, sondern als maßgebend erachten, ob demjenigen, welchem die Erklärung abgegeben wird, bei Eintreffen der Erklärung der als Bedingung gesetzte Umstand bekannt sein muß, denn in diesem Falle ist sie einer unbedingt abgegebenen gleich zu halten.

1) L. R. I, 4 § 101.

2) L. R. I, 4 § 114.

3) Aber nicht jedes mit „wenn" eingeleitete Rechtsgeschäft ist ein bedingtes; z. B. „wenn ich sterbe, soll mich X. beerben." Vgl. Bd. 3 § 125 Anm. 2 und Bd. 2 § 39 Anm. 12.

Hausbau und meint damit unter der Bedingung der Inangriffnahme des Baues. Oder ein Lieferant erklärt, für seine Lieferungen an die Aktiengesellschaft zu einem Drittel seiner Forderung Aktien nehmen zu wollen, „unter der Voraussetzung," daß sich auch die übrigen Lieferanten dieser Klausel unterwerfen. Auch dies ist in der Regel Setzung einer Bedingung, keinenfalls aber eine besondere Nebenbestimmung, die man „Voraussetzung" genannt hat und als eine unentwickelte Bedingung auffaßt.[4]

Die Frage, in welchen Fällen eine aufschiebende, in welchen eine auflösende Bedingung zu unterstellen sei, beschäftigte schon die Römer. Da aber ihr Verkehr sich herkömmlich festen Formularen anschloß, so begnügten sie sich damit, die regelmäßige Bedeutung ihrer üblichen Formulare durch Auslegung zu bestimmen.[5] Für den heutigen Verkehr, welcher sich nicht in festen Geschäftsformen bewegt, schien eine allgemeinere Vermuthung Bedürfniß. Eine solche stellt das Landrecht dahin auf, daß dann, wenn das Geschäft vor Eintritt der Bedingung thatsächlich erfüllt wird, oder der Abrede nach vorher erfüllt werden soll, im Zweifel eine auflösende, sonst aber eine aufschiebende Bedingung vorliegt.[6]

§ 88. Die aufschiebende Bedingung in der Schwebezeit.

So lange die aufschiebende Bedingung unentschieden ist, ist auch die nur für den Fall ihres Eintrittes gesetzte Rechtsveränderung noch in der Schwebe. Daher besteht noch keine Verpflichtung aus der bedingten Forderung, so daß sogar eine aus Irrthum auf dieselbe geleistete Zahlung in der Zwischenzeit zurückgefordert werden kann, ohne daß der Ausfall der Bedingung abgewartet werden muß.[1]

---

4) R. G. Bd. 24 S. 171. — Anders Windscheid Bd. 1 § 97 „Die Voraussetzung ist unentwickelte Bedingung." „Die Folge ist, daß die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklörung entspricht dies nicht." Unter der Denkform der Voraussetzung begreift Windscheid sehr Verschiedenes, nämlich willkürlich zugefügte Bedingungen, ferner den dem Geschäfte innewohnenden Geschäftszweck, causa, endlich den Modus. Ihn führt der deutsche Ausdruck Voraussetzung, der keine bestimmte juristische Bedeutung hat, und in sehr verschiedenem Sinne verwendet wird, irre. Vgl. unten § 93 Anm. 1, Dernburg Pand. Bd. 1 § 115 a. Ende.

5) l. 1 D. de lege commissoria 18, 3, vgl. jedoch l. 2 pr. D. de in diem addictione 18, 2.

6) L. R. I, 11 §§ 263. 274 und oben § 27 Anm. 10, Thibaut civilistische Abhandlungen S. 378.

1) l. 16—18 D. de condictione indebiti 12, 6. Vgl. unten Bd. 2 § 289. Der Käufer ferner, welchem die unter aufschiebender Bedingung verkaufte Sache während der Schwebezeit übergeben ist, wird in der Zwischenzeit, falls nichts Anderes verabredet ist, als Verwalter fremder Sachen angesehen, L. R. I, 11 § 259, so daß z. B. eine Ersitzung nicht beginnen kann.

Andererseits soll jedoch von jetzt an die Verwirklichung der Ansprüche des bedingt Berechtigten nur von den fest abgegrenzten Voraussetzungen der Bedingung abhängig sein. Es sollen daher die Chancen ihres Eintrittes nicht zum Nachtheile des bedingt Berechtigten von der Gegenseite verändert werden. In dieser Hinsicht hat sich ein eigenthümlicher, aber zweckmäßiger Rechtssatz aus dem frühesten römischen Rechte erhalten. Dasselbe ermangelte nämlich einer Klage auf Schadloshaltung gegen den bedingt Verpflichteten, welcher absichtlich den Eintritt der Bedingung vereitelte, weil das bedingte Geschäft, beim Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung für diesen Fall, ein solches Klagerecht nicht erzeugte. Damit aber gleichwohl der Dolus des bedingt Verpflichteten nicht seinen Zweck erreiche, ergänzte die altrömische Jurisprudenz die Lücke in höchst wirksamer Weise durch die Aufstellung der Fiktion, daß die Bedingung, welche der bedingt Belastete vereitelt hat, als erfüllt angesehen werde,[2] so daß der Schlag, der auf den Gegner geführt werden sollte, auf den Thäter zurückfiel. Das preußische Recht könnte nun an sich eine Klage des bedingt Berechtigten auf Schadloshaltung gegen den bedingt Verpflichteten, welcher die Erfüllung der Bedingung erschwert oder vereitelt hat, nicht verweigern, da dieser hierdurch, wenn auch nicht dem Worte, doch dem Sinne des Vertrages zuwidergehandelt hat.[3] Gleichwohl übernahm auch das preußische Recht den Satz, daß die Bedingung als erfüllt zu erachten sei, wenn sie von der freien Handlung des Berechtigten oder eines Dritten abhängt und der Verpflichtete vorsätzlich deren Verwirklichung hindert.[4] Dies mit gutem Grunde, da der Satz dem bedingt Be-

2) l. 161 D. de reg. jur. 50, 17: in jure civili receptum est, quotiens per eum cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset; vgl. u. A. l. 50 D. de contr. emt. 18, 1. Die Regel ist innerlich verwandt mit jener anderen l. 91 § 3 D. de V. O. 45, 1, veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem.

3) L. R. I, 4 § 103.

4) L. R. I, 4 §§ 105 ff. Erlaubter Mittel darf sich der Verpflichtete zur Bewirkung des Entschlusses, nach welchem die Bedingung fehlschlägt, bedienen, L. R. I, 4 § 107. Bei der Anwendung dieser Bestimmung ist festzuhalten, daß Alles auf die Frage ankommt, ob die Erfüllung der Bedingung durch schuldhaftes vertragwidriges Benehmen des Belasteten unmöglich wurde. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 909. Ein Privatförster z. B. war auf Lebenszeit angestellt und sollte, wenn er die Forstdirektion zehn Jahre lang im Interesse des Herrn nützlich geführt haben werde, eine Gehaltserhöhung von 600 Mark haben; er wurde aber vorher ohne Grund mit seinem Gehalte entlassen und forderte nach Verfluß von zehn Jahren die Gehaltserhöhung, da der bedingte Verpflichtete an der Nichterfüllung der Bedingung Schuld trage. Dies hat das Obertribunal mit Recht zugestanden Entsch. Bd. 50 S. 24, da es nicht darauf ankommen kann, ob die betreffende schuldhafte Handlung gerade aus der Absicht der Vereitelung der Bedingung hervorging, wenn sie nur diesen Erfolg hatte. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 267. Die römische Regel paßt natürlich für den Fall nicht, in welchem die Absicht war, den Eintritt der Bedingung von den Entschließungen des bedingt Verpflichteten abhängig zu machen. Dies ist im Landrechte beachtet. — Die in der Bedingung liegende Befristung kann trotz der Fiktion der Erfüllung einzuhalten sein; vgl. R. G. Bd. 2 S. 143.

rechtigten praktischer und durchgreifender hilft als eine Klage auf Schadensersatz. Damit nämlich ein Schaden des bedingt Berechtigten festgestellt würde, wäre der Nachweis erforderlich, daß sich die Bedingung dann verwirklicht hätte, wenn die störende Handlung des Gegentheils nicht vorgekommen wäre. Ein solcher Nachweis aber würde häufig nicht zu erbringen sein.[5]

Dem bedingt Berechtigten droht unter Umständen auch dadurch Gefahr, daß die Sache, auf welche er eventuelle Ansprüche hat, durch den bedingt Belasteten schuldhafterweise verschlechtert wird. Für solches Verhalten ist derselbe nach Eintritt der Bedingung schadensersatzpflichtig. Aber auch im Voraus kann der bedingt Berechtigte bei Gefährdung durch den bedingt Verpflichteten Sicherungsmaßregeln durchsetzen.[6]

§ 89. Entscheidung der aufschiebenden Bedingung.

1. Ob die Bedingung eingetreten oder ausgefallen ist, ergiebt sich aus der Vergleichung des Thatbestandes mit der Absicht, welche bei Setzung der Bedingung obwaltete.[1] Die vom Rechte hierüber aufgestellten Regeln haben nur die Bedeutung einer Anleitung zur Bestimmung des vermuthlichen Willens der Parteien, wie er bei der Fassung der Bedingung bestand.[2]

---

5) Das Landrecht bestimmt weiter, daß umgekehrt — L. R. I, 4 § 104 — auch der Berechtigte bei Verlust seines Rechtes die Erfüllung einer Bedingung nicht durch seine Thätigkeit herbeiführen dürfe, wenn die Bedingung vom Zufalle abhängig sein sollte. In Wirklichkeit ist hier die Bedingung nicht so erfüllt, wie dies vertragsmäßig vorausgesetzt war. Es liegt in der Vorschrift also eine Folgerung aus der Willensmeinung der Parteien.

6) Vgl. L. R. I, 14 § 5, vgl. I, 4 § 122. So auch nach römischem Recht l. 41 D. de judiciis 5, 1. l. 38 pr. D. pro socio 17, 2.

1) Ueber die Erfüllung letztwilliger Bedingungen unten Bd. 3 § 125. Ist ein Geschäft alternativ von mehreren Bedingungen abhängig, so reicht die Erfüllung einer einzigen hin. Wenig passend spricht das Landrecht hier I, 4 § 139 von dem Rechte der „Wahl" des Belasteten. Denn auch wenn die Erfüllung der einen Bedingung bereits unmöglich geworden ist, so genügt doch der Intention des Geschäftes nach immer noch die Erfüllung der anderen Bedingung zu dessen Verwirklichung, obgleich eine Wahl hier nicht mehr vollzogen werden kann. Vgl. Papinian in l. 78 § 1 D. de condit. 35, 1, disjunctivo modo conditionibus adscriptis, alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Koch Kommentar zu L. R. I, 4 § 139. — Die bei Altentheilsverträgen häufig vorkommende Bedingung, wonach an Stelle des Naturalauszuges Geldleistungen treten sollen, „wenn sich beide Theile nicht mehr vertragen sollten", wird der Regel nach zu Gunsten des Auszüglers zugefügt, so daß sich der belastete Eigenthümer auf dieselbe nicht seinerseits berufen kann. Für den Auszügler aber ist sie eine Potestativbedingung, da die Frage, ob sich zwei Menschen mit einander vertragen, eine Frage ihres Wollens ist und durch den Richter nicht gegen ihren Willen entschieden werden kann. Die Bedingung ist daher eingetreten, wenn sich der Auszügler, auch ohne Grund oder in Folge eigener Schuld, nicht vertragen zu können erklärt.

2) Vgl. l. 68 D. de solut. 46, 3: Finge alicui fundum legatum, si dedisset pupillo furiosove. Et sciendum est . . tutori quidem vel curatori utiliter dependi, ipsis autem id est furioso vel pupillo non recte persolvi. Die sogenannte Erfüllung per aequipollens ist begreiflich der Regel nach nicht hinreichend, es sei denn, daß

Im Zweifel gilt die Bedingung als ausgefallen, wenn durch sie einem Dritten ein Vortheil verschafft werden soll und dieser den Vortheil ausschlägt oder sich selbst an dessen Erlangung hindert.[3] Das römische Recht stellt bekanntlich bei letztwilligen Bedingungen die entgegengesetzte Regel auf.[4]

2. Nach Entscheidung der aufschiebenden Bedingung gestalten sich die Rechtsverhältnisse folgender Art. Ist die Bedingung ausgefallen, so tritt die durch das Geschäft beabsichtigte Wirkung nicht ein; die Parteien haben deshalb das Recht, dasjenige zurückzufordern, was mit Rücksicht auf das bedingte Geschäft bereits geleistet wurde.[5] Tritt hingegen die Bedingung ein, so ist hiermit die Wirksamkeit des Geschäftes gesichert. Es besteht aber nach preußischem Rechte wie nach gemeinem Rechte die Streitfrage über die sogenannte Rückziehung der Bedingung. Eine ausdrückliche Entscheidung findet sich im Landrechte nicht; daher ist die Lösung aus der Natur des bedingten Geschäftes zu entnehmen. Hiernach tritt Rückziehung in dem Sinne ein, daß das bedingte Geschäft nach dem Eintritt der Bedingung vom Geschäftschluß an datirt.[6] Damals wurde es bereits durch den bestimmten Willen der Parteien unter der Voraussetzung des Eintrittes der Bedingung geschaffen. Damals also wuchs einerseits bereits dem Vermögen des bedingt

---

der Absicht, welche bei Setzung der Bedingung bestand, hierdurch ersichtlich Genüge geschieht. — Ist eine Bedingung, z. B. 300 Mark dem X. zu geben, nur theilweise erfüllt, so kann natürlich das von der Erfüllung abhängig gemachte Recht nicht etwa theilweise in Anspruch genommen werden, es sei denn eine solche Absicht bei Setzung der Bedingung nachweisbar vorhanden gewesen. Vgl. L. R. I, 12 § 492.

3) L. R. I, 4 §§ 113. 112, I, 12 § 507 sprechen unterschiedslos aus: „Es kommt dem bedingungsweisen Berechtigten nicht zu Statten, wenngleich der Dritte den Vortheil ausschlägt." Ist den Umständen nach aber eine entgegengesetzte Absicht des Erblassers unverkennbar, so ist sie gleichwohl maßgebend.

4) Dernburg Pand. Bd. 1 § 110.

5) Oben § 86 Anm. 4. Ist von Seiten des Verkäufers die Sache übergeben, und umgekehrt von Seiten des Käufers das Kaufgeld im voraus geleistet worden, so kompensiren sich im Falle des Ausfallens der Bedingung der Regel nach die Früchte und Zinsen der Zwischenzeit, L. R. I, 11 § 260.

6) Bei dieser Streitfrage ist es vor Allem wichtig, die Frage bestimmt zu stellen, damit man nicht den Freund als Gegner bekämpfe und umgekehrt. Ist unter Rückziehung der Bedingung zu verstehen, daß der bedingt Berechtigte so behandelt werde, als hätte ihm von vornherein auch der Genuß des Rechtes gebührt, so daß die Früchte und Nutzungen der Zwischenzeit ihm zukommen, oder bedeutet die Rückziehung nur, daß das Recht, nicht aber, daß dessen Genuß vom Anfang an datirt? In ersterem Sinne scheinen unter Anderen die Verfasser des Landrechts die Rückziehung genommen zu haben, wie dies aus L. R. I, 4 § 142 — unten § 91 Anm. 3 — hervorgeht, und in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn Suarez äußert: „Die Doctores haben noch den Satz, daß conditio existens retrotrahirt werde; diesen halte ich weder für richtig noch nöthig." Es ist zuzugeben, daß die in der aufschiebenden Bedingung liegende Befristung im Zweifel den Anspruch auf die Früchte der Zwischenzeit ausschließt. Anders ist es bezüglich des Datums des Geschäfts. Hierfür gilt der Satz den l. 11 § 1 D. qui pot. 20, 4 „cum semel conditio existit, perinde habetur, ac si illo tempore, que stipulatio interposita est, sine conditione facta esset." Gegen die Rückziehung erklärt sich u. A. schlechthin Eccius Bd. 1 § 36.

Berechtigten ein Aktivum zu, und wurde andererseits der bedingt Verpflichtete mit einem Passivum belastet, zwar nur eventuell; aber unter einer Eventualität, die später eingetreten ist.[7] Daher gehören Ansprüche des Gemeinschuldners, deren Bedingung zur Zeit der Konkurseröffnung schwebt, nachher aber eintritt, zur Konkursmasse.[8] Es müssen ferner bei Berechnung des Betrages einer Erbschaft die bedingten Forderungen für den Fall des Eintrittes der Bedingung eingerechnet und in das Nachlaßverzeichniß aufgenommen werden, obgleich der Augenblick des Todes des Erblassers maßgebend ist. Nicht weniger wird eine bedingte Forderung, welche einem in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten erwächst, gemeinschaftlich, wenn auch die Bedingung erst nach Aufhebung der Gemeinschaft eintritt.[9] Aus denselben Gründen geht ein bedingt begründetes dingliches Recht dem während der Schwebezeit der Bedingung bewilligten unbedingten Rechte an derselben Sache im Falle des Eintritts der Bedingung anerkanntermaßen vor.[10] Verwirklichung erhält indessen das bedingte Geschäft allerdings der Regel nach erst mit Eintritt der Bedingung.[11] Denn dasselbe schließt regelmäßig eine Befristung bis zum Eintritte der Bedingung in sich.[12] Trotz der Rückziehung kommen also die Vortheile der Zwischenzeit, insbesondere Früchte und Zinsen, dem bedingt Berechtigten nicht zu Gute. Aus gleichem Grunde entsteht das regelmäßige Klagerecht des bedingt Berechtigten erst mit Eintritt der Bedingung.

§ 90. Auflösende Bedingung.

Die römische auflösende Bedingung war nichts anderes, als ein von einer aufschiebenden Bedingung abhängiger Nebenvertrag über Aufhebung des

7) Wegen einer bedingten Forderung war die actio Pauliana der Römer statthaft, vgl. l. 27 pr. D. qui et a quibus 40, 8, und sind auch bei uns die entsprechenden Rechtsmittel zu Gunsten der Gläubiger zulässig — unten Bd. 2 § 128 ff., § 132.

8) Vgl. unten Bd. 2 § 116 Anm. 14.

9) l. 27 D. pro socio 17, 2, vgl. l. 78 pr. D. de V. O. 45, 1. Eine unter Brautleuten gemachte bedingte Schenkung ferner, deren Bedingung erst während des Ehestandes eintritt, ist keine Schenkung „unter Ehegatten". Bd. 3 § 7 Anm. 9, § 26 bei Anm. 4 daselbst.

10) Die herrschende gemeinrechtliche Meinung nimmt an, daß Rückziehung ausgeschlossen sei, wenn die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Belasteten abhängt, vgl. z. B. Vangerow Bd. 1 § 95, II, 1. c. Diese Ansicht ist in das Landrecht übergegangen I, 4 §§ 109. 110. Denn hiernach soll der solchergestalt bedingt Verpflichtete in der Zwischenzeit auch über den Gegenstand des Geschäftes zu Gunsten Dritter dinglich verfügen können; hingegen soll er vollen Schadensersatz mit Rücksicht auf das etwa von der Gegenseite Empfangene leisten, wenn er den Eintritt der Bedingung noch herbeiführt, nachdem er solchergestalt zu Gunsten Anderer disponirt hat. Eine innere Begründung hat dieser Rechtssatz nicht, vgl. auch Windscheid Bd. 1 § 89 Anm. 15.

11) L. R. I, 4 § 102, vgl. I, 11 § 258.

12) So mit Recht Fitting Archiv für civ. Pr. Bd. 39 S. 331, Vangerow Bd. 1 § 95. Es ist dies aber dann nicht der Fall, wenn der bedingt Berechtigte sofort in den Genuß der bedingt versprochenen Sache gesetzt wurde.

Hauptgeschäfts.[1] Folgerecht wirkte sie, wie jede andere aufschiebende Bedingung, im Falle ihres Eintrittes rückwärts und führte Annullirung des Hauptgeschäftes von Anfang an (ex tunc) herbei.[2]

Nach preußischem Rechte hingegen bildet die auflösende Bedingung einen Bestandtheil des auflösend bedingten Geschäftes, welche den Keim der eventuellen Vernichtung in dasselbe legt.[3] Die derartig bestellte Berechtigung gilt der Regel nach als eine für den Fall des Eintrittes der Bedingung zeitlich begrenzte.[4] Die auflösende Bedingung hebt das Geschäft erst mit ihrem Eintritt — ex nunc — auf.[5] Ein Zurückgreifen in die Vergangenheit, um Rechtsverhältnisse, welche einmal bestanden und Wirkungen übten, hinterher gleichsam von der Wurzel heraus auszutilgen, gilt nicht als beabsichtigt, wie es auch der Rechtssicherheit nicht ersprießlich und deshalb dem Verkehr nicht geläufig ist. Immerhin ist auch preußischem Rechte eine Anordnung der Parteien möglich, nach welcher die auflösende Bedingung die Wirkungen des Geschäftes rückwärts hin beseitigen soll.[6]

Die auflösende Bedingung beschränkt sich nicht immer auf die Vernichtung des bedingten Geschäftes. Sie bezweckt nicht selten zugleich die Herstellung eines neuen Rechtsverhältnisses, welches an die Stelle des aufgehobenen tritt. Dies ist namentlich der Fall bei auflösend bedingten Erbeseinsetzungen.[7]

Unter Umständen fehlt der auflösenden Bedingung die Kraft, das Rechtsverhältniß, an welches sie sich anschließt, unmittelbar zu vernichten. Dies gilt insbesondere nach preußischem Rechte bei Veräußerungen unter auflösender Bedingung. Es entspringt hier bei Eintritt der Bedingung nur die Pflicht

---

1) Die bezüglichen Geschäfte werden daher von den Römern bezeichnet als: negotia pura, quae sub condicione resolvuntur l. 2 §§ 4. 5 D. pro emtore 41, 4, l. 44 § 2 D. de obl. et art. 44, 7.

2) Doch streitet man darüber, ob die Resolutivbedingung nach römischem Rechte auch dingliche Rückwirkung habe, was indessen herrschende Ansicht ist. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 112.

3) L. R. I, 4 § 114.

4) In der Schwebezeit der Bedingung wird das Geschäft wie ein unbedingtes behandelt. Recht auf Sicherstellung hat der Rückfallsberechtigte nur, wenn der Gegentheil durch seine Maßnahmen die Rückgabe gefährdet. L. R. I, 4 §§ 121—125. Für die Erfüllung gilt die Regel des § 104 — oben § 88 Anm. 5 —, vgl. § 119 L. R. I, 4.

5) L. R. I, 4 § 115. „Der Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblicke, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt." Es sind daher der Regel nach die während der Schwebezeit gezogenen Nutzungen auch nach dem Eintritte der Bedingung nicht herauszugeben.

6) L. R. I, 4 § 116. Es müssen in diesem Falle die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen herausgegeben werden. Eine solche Bestimmung ist aber unzulässig, falls die auflösende Bedingung zum Inhalte hat, daß der Berechtigte den Wittwenstand nicht ändere, L. R. I, 4 § 120, da die Herausgabe der Nutzung einen vom Gesetze mißbilligten Zwang zur Ehelosigkeit herstellen würde. Vgl. oben § 78 Anm. 4.

7) Vgl. unten Bd. 3 § 124.

der Rückübergabe, bei Grundstücken die der Rückauflassung.[8] Die auflösende Bedingung begrenzt also in diesem Fall nicht die Dauer des Eigenthumsrechtes an sich, vielmehr knüpft sich an sie nur ein Rückforderungsrecht, welches durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Natur erhalten kann, aber auch sonst Dritte im Fall ihrer Kenntniß nach allgemeinen Grundsätzen verbindet.

§ 91. Uneigentliche Bedingungen.

Bestimmungen mit der äußeren Form der Bedingungen, ohne deren Wesen nennt man uneigentliche Bedingungen.

1. Zu diesen gehören diejenigen Bedingungen, welche nicht auf die Zukunft, sondern auf Thatsachen der Vergangenheit oder der Gegenwart gestellt sind.[1] Das Geschäft ist hier niemals in der Schwebe, vielmehr steht die Frage seiner Wirkung oder Nichtwirkung von vornherein objektiv fest, wenn auch die Geschäftsparteien subjektiv hierüber noch im Ungewissen sind. Daher kommt im Falle der Richtigkeit des als Bedingung gesetzten Umstandes dem Berechtigten auch der Vortheil vom Vertragschluß an, und nicht erst mit Kenntnißnahme der zur Bedingung gestellten Thatsache zu.[2]

2. Uneigentlich sind ferner die nothwendigen Bedingungen, d. h. solche, deren Eintritt gewiß ist, da sie höchstens eine Zeitbestimmung enthalten.[3] Desgleichen die unmöglichen Bedingungen,[4] welche die Willenserklärungen, die sie zu bedingen scheinen, vernichten, und zwar nach preußischem Rechte Erklärungen von Todeswegen nicht weniger, wie solche unter Lebenden.[5] Endlich

---

8) L. R. I, 11 § 226—265, vgl. unten § 227 Anm. 6. Anders Koch P. R. Bd. 1 § 119 am Ende,

1) L. R. I, 4 § 140 ff., oben § 86 Anm. 14. Fitting Archiv für civ. Praxis Bd. 39 S. 305 ff. will condiciones in praeteritum und in praesens collatae als eigentliche Bedingung angesehen haben, wenn sie formell auf die Zukunft gestellt sind. Dies entspricht der Auffassung der Bedingungen im römischen Rechte nicht, die hier freilich nicht nachzuweisen ist. Auch das Landrecht behandelt Bedingungen solcher Art nicht als eigentliche.

2) Das L. R. drückt dies aus I, 4 § 142: es erstrecke sich „die rechtliche Wirkung auf die Zeit der Willenserklärung zurück", womit eben die Herausgabe der Nutzungen der Zwischenzeit gemeint ist.

3) L. R. I, 4 §§ 126. 127. l. 9 § 1 D. de novat. 46, 2. Die s. g. negativ unmöglichen Bedingungen (in non faciendo impossibiles) l. 50 § 1 D. de her. inst. 28, 5 sind nothwendige. Vgl. L. R. I, 4 § 130.

4) L. R. I, 4 § 129 bezeichnet ganz richtig als unmögliche Bedingungen ebensowohl diejenigen, welche nach dem natürlichen Laufe der Dinge überhaupt, als diejenigen, welche nach der besonderen Beschaffenheit und den Verhältnissen dessen, dem sie gemacht sind, nicht eintreffen können — von Savigny Bd. 3 S. 165 unerschwingliche Bedingungen genannt — vgl. l. 4 § 1 D. de statu liberis 40, 7, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit. Die bloße Schwierigkeit ihres Eintrittes macht freilich die Bedingung nicht zur unmöglichen. — Der physischen Unmöglichkeit steht die rechtliche gleich; l. 137 § 6 D. de V. O. 45, 1.

5) L. R. I, 4 § 131. I, 12 §§ 504—507, unten Bd. 3 § 126 bei Anm. 6.

sind uneigentliche Bedingungen die unsittlichen, welche nach preußischem Rechte wie nach römischem nur Geschäfte unter Lebenden ungültig machen, bei einseitigen Verfügungen von Todeswegen hingegen wie nicht zugefügt gelten.[6]

3. Uneigentliche Bedingungen weiter sind die unverständlichen. Sie entkräften Willenserklärungen unter Lebenden, wie auch von Todeswegen.[7] Uneigentliche sind aber auch die unnützen Bedingungen. Sie gelten im Zweifel als nicht ernstlich gemeint. Lebt freilich der Erklärende noch und hält sie aufrecht, so nimmt das Landrecht an, daß der Ernst der Satzung hierdurch erwiesen sei; ist der Erklärende aber verstorben, ohne sich über den Zweck der Bestimmung geäußert zu haben, so gelten sie als nicht geschrieben.[8]

4. Geschäfte, deren Inhalt oder Erfüllung noch schlechthin der Willkür des Verpflichteten anheimgestellt ist, sind nicht rechtsverbindlich. Sie sind im Grunde noch nicht fertig; ein rechtliches Band ist durch sie noch nicht geschaffen.[9] Hieraus leitete man gemeinrechtlich und auch nach preußischem Recht den Satz, daß Erklärungen wirkungslos seien, welche unter einer solchen Bedingung abgegeben sind, die von einer ganz unbestimmten Willkür dessen abhängen, welcher verpflichtet werden soll.[10] Obgleich dies folgerecht, ja logisch nothwendig scheint, so ist es doch nicht gerechtfertigt. Denn es kann einen guten Sinn haben, das Geschäft fertig zu machen und es dennoch durch eine Bedingung in Abhängigkeit zu setzen von dem künftigen Wollen des Schuldners. So fein die Unterscheidung erscheint, so liegt die Sache in der That wesentlich anders als bei einem noch nicht geschlossenen Geschäfte. Das als Bedingung gesetzte Wollen ist anderer Art als die Willenszustimmung beim Vertragschluß. Es verlangt daher nicht die für diese sonst nöthige Form z. B. Schriftlichkeit, nicht nochmalige Annahme der Gegenpartei.

---

6) L. R. I, 4 § 137. I, 5 § 227. I, 12 § 63, unten Bd. 2 § 126 bei Anm. 6. Ueber unsittliche Bedingungen vgl. Fitting, Archiv für civ. Praxis Bd. 56 S. 402.

7) L. R. I, 4 § 132. I, 12 § 64. Hierher können auch die perplexen Bedingungen gezählt werden, d. h. Bedingungen, welche in ihrer Verbindung mit dem Geschäfte einen logischen Widerspruch herstellen, z. B. A. soll mein testamentarischer Erbe sein unter der Bedingung, daß mein Vermögen meinem Intestaterben verbleibt.

8) Nach dem Entwurf des Gesetzbuches Theil II, Abth. I, S. 31 Anm. gelten sie als zum Scherz zugefügt. Der Ausdruck: „Der Richter kann sie erlassen." L. R. I, 4 § 134 ist also nicht genau; der Spruch des Richters auch hier deklarativ, nicht konstitutiv. Demnach kann die Unverbindlichkeit auch excipiendo geltend gemacht werden. So auch Eccius Bd. 1 § 36 Anm. 40 gegen Förster und Koch R. d. Ford. Bd. 1 S. 244.

9) L. R. I, 5 § 71 und oben § 86 zu 1.

10) L. R. I, 4 § 108 vgl. l. 8 D. de obl. et act. 44, 7: sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis cogi non possis, l. 17 l. 46 § 3. l. 108 § 1 D. de V. O. 45, 1. l. 7 pr. D. de contr. emt. 18, 1. l. 13. C. eod. 4, 38.

So erklärt sich, jener allgemeinen Sätze ungeachtet, die Geltung des Kaufes auf Probe, dessen Vollendung von der Bedingung des Gefallens des Käufers d. h. von seiner Willkür abhängig ist.[11] Es liegt hierin ein Sieg der unmittelbaren Empfindung des Richtigen, nach Maßgabe des praktischen Bedürfnisses, über eine innerlich unhaltbare logische Abstraktion. Entsprechend ist auch bei allen übrigen lästigen zweiseitigen Geschäften die Bedingung „auf Probe" zuzulassen z. B. beim Miethen eines Hauses oder des Gesindes.

5. Man erkennt die Zulässigkeit von Bedingungen allgemein an, welche ein Ereigniß in Bezug nehmen, dessen Eintritt von dem freien Willen des Belasteten abhängig ist. Die Geltung von Bedingungen, die auf das billige Ermessen einer der Geschäftsparteien gestellt sind, ist vollends selbstverständlich.[12]

§ 92. Zeitbestimmungen.[1]

1. In der Regel können den Rechtsgeschäften Zeitbestimmungen zugefügt sein, welche den Anfang oder das Ende ihrer Rechtswirkungen bestimmen. Doch giebt es Geschäfte, welche dies ausschließen; so gewisse familienrechtliche Geschäfte, z. B. die Eheschließung, die Kindesannahme. Auch eine Prokura kann nicht für eine gewisse Zeit ertheilt werden.[2]

2. Die Zeitbestimmungen sind entweder der Art, daß ihr künftiger Eintritt gewiß oder daß er ungewiß ist — s. g. dies certus oder incertus an. Es kann ferner die Zeit ihrem Datum nach bestimmt oder unbestimmt sein — dies certus oder incertus quando. Beides kann sich kreuzen. Denn ein Termin, welcher nach der Seite des Ob gewiß ist, kann auch nach der Seite des Wann gewiß sein — z. B. am 1. Januar 1882, oder drei Monate a dato — oder nach der Seite des Wann ungewiß sein z. B. drei Monate nach Kündigung. Ebenso kann aber auch ein Termin, welcher nach der Seite des Ob ungewiß ist, nach der Seite des Wann bestimmt sein z. B. am Tage deiner Volljährigkeit; er kann auch nach dieser Seite unbestimmt sein z. B. an deinem Hochzeitstage.

3. Eine der Willenserklärung zugefügte ungewisse Zeit, mit deren Eintritt das Recht entstehen oder aufhören soll, wird einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung gleichgeachtet.[3] Dies bezieht sich natürlich nur auf

11) So jetzt auch Eccius Bd. 1 § 36 Anm. 8. Siehe unten Bd. 2 § 153 § 4 J. de emt. 3, 23: emtio .. sub conditione contrahi potest .. veluti si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus.

12) R. O. H. G. Bd. 16 S. 427. Bd. 18 S. 258. Bd. 23 S. 81.

1) L. R. I, 4 § 163 ff.

2) H. G. B. Art. 43. Vgl. oben § 86.

3) L. R. I, 4 § 163.

den Fall einer Ungewißheit nach der Seite des Ob. Denn ist eine nach der Seite des Ob gewisse Zeit der Art eingefügt, daß die Ausübung des Rechtes mit deren Eintreten ihren Anfang nehmen soll, so ist das Recht bereits erworben, mindestens aber bereits eine Anwartschaft auf das Recht vorhanden. Ist die Endigung des Rechtes an eine gewisse oder ungewisse Zeit geknüpft, so besteht es in der Zwischenzeit, hört aber mit dem Ablauf der Zeit in der Regel von selbst auf.[4] Die Nutzungen der Zwischenzeit behält in beiden Fällen, wer die Sache herauszugeben hat.[5]

4. Zuweilen bezwecken Zeitbestimmungen, die nach der Seite des Wann bestimmt sind, aber nach der Seite des Ob ungewiß scheinen z. B. am Tag deiner Volljährigkeit doch nur eine Befristung, ohne das Rechtsverhältniß als solches in das Ungewisse zu stellen. Ob dies die Meinung war, muß die Auslegung aus dem Gesammtinhalt des Geschäfts zu entnehmen suchen.[6]

§ 93. Der Endzweck.[1]

Die Entäußerung von Vermögensgegenständen zu Gunsten eines Anderen, sowie die Uebernahme von Verpflichtungen, geschieht nach den Gesetzen vernünftigen Handelns stets zu einem Zwecke, welchem diese an sich unvortheilhaften Geschäfte als Mittel dienen und welcher dieselben hervorruft. Diese Zwecke sind es, welche die verschiedenen Arten der Geschäfte vorzugsweise bestimmen. Das Darlehen z. B. kennzeichnet sich dadurch, daß vertretbare Sachen zum Zwecke der Rückgabe einer entsprechenden Summe hingegeben werden, zweiseitige Obligationen dadurch, daß eine Verpflichtung, z. B. zur Zahlung eines Preises, übernommen wird zum Zwecke des Erwerbes eines Gegenanspruches, z. B. auf Lieferung der Kaufsache. Gerade weil in solchen Fällen der Zweck ganz mit dem Wesen des Geschäftes verwachsen ist, fällt er hier weniger in die Augen. Dagegen tritt er schärfer hervor, wenn das Geschäft nicht unter die gewöhnlichen Arten fällt, z. B. es wird Jemandem etwas gegeben oder versprochen zum Zwecke der Herstellung oder Erhaltung eines Grabes oder der Wiederherstellung einer Kirche.

Mit dem Zwecke, welcher zunächst das Geschäft hervorruft, der causa der Römer, welchen wir den Hauptzweck des Geschäftes nennen, können sich erklärtermaßen andere, in zweiter Linie stehende, beiläufige Zwecke ver-

4) L. R. I, 4 § 167.
5) L. R. I, 4 § 169.
6) R. G. Bd. 8 S. 140.

1) L. R. I, 4 §§ 152—162. I, 12 §§ 508—516. Vgl. Savigny Bd. 3 §§ 128. 129. Windscheid die Lehre von der Voraussetzung 1850. Windscheid Bd. 1 § 97. Der Zweck ist zugleich die „Voraussetzung", unter welcher etwas geleistet wird. Dies ist aber bereits etwas Abgeleitetes, weshalb die Bezeichnung als Zweck vorzuziehen ist. Vgl. oben § 87 Anm. 4.

binden, welche wir Nebenzwecke nennen. Es kann z. B. bei einer Schenkung, deren nächster Zweck dahin geht, den Empfänger zu bereichern, weiter erklärter Zweck sein, daß die geschenkte Summe zur Erziehung der Kinder des Beschenkten verwendet werde. Diesen Nebenzweck, den Modus,[2] zeichneten die Römer im Gegensatze zu den Hauptzwecken vielfach aus. Insbesondere dadurch, daß der mit dem Modus Belastete, sowohl bei Geschäften unter Lebenden wie von Todeswegen, den zugedachten Vortheil behielt, trotzdem die Erfüllung des Modus von vornherein unmöglich war oder hinterher durch Zufall unmöglich wurde. Es überwog also den Römern die Durchführung des Hauptzweckes die Undurchführbarkeit des zugefügten Nebenzweckes.[3]

Das preußische Recht unterscheidet grundsätzlich nicht in gleich durchgreifender Weise hauptsächliche und beiläufige Zwecke des Geschäftes und zeichnet die letzteren auch nicht durch besonderen Namen aus. Es erklärt vielmehr, im Gegensatze gegen das römische Recht, die Rückforderung des Geleisteten schlechthin für zulässig, wenn der „ausdrücklich", d. h. unzweideutig erklärte Endzweck des Geschäftes in Folge zufälliger Umstände nicht erreicht wird.[4] Für letztwillige Verfügungen[5] bestimmt es jedoch, wenn die Erfüllung des zugefügten Endzweckes ohne Schuld des Erben oder Vermächtnißnehmers unmöglich werde, so müsse der Vortheil zu einer anderen Bestimmung verwendet werden, welche der aus der Verordnung oder den Umständen sich ergebenden Absicht des Testators am nächsten komme; falls dies aber nicht geschehen könne, behalte der Begünstigte den Vortheil, es wäre denn, daß ihm der Erblasser den Vortheil gar nicht zugewendet haben würde, wenn er die Nichterfüllung des bestimmten Zweckes vorausgesehen hätte.[6] Dies also enthält eine Annäherung an die römische Theorie des Modus.

---

2) Wenn die herrschende Meinung den römischen Modus einfach als die Nebenbestimmung bezeichnet, welche die Verwendung zu einem gewissen Zwecke gebietet, z. B. Puchta Pandekten § 63, so hob sie den besonderen Charakter des Modus, wonach er nur einen sekundären Zweck des Geschäftes bezeichnet, nicht hervor. Bei Windscheid a. a. O. aber tritt der Modus völlig zurück hinter dem allgemeinen Begriffe der Voraussetzung — vgl. freilich Voraussetzung n. 66. 68 — womit Windscheid namentlich dem römischen Rechte nicht gerecht wird, welches den technisch sogenannten modus (Tit. Dig. 35, 1. Cod. 6, 45. 8, 55) als eigenthümliches Rechtsinstitut ausbildete; vgl. oben § 87 Anm. 4.

3) l. 37 D. de condit. 35, 1: quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo, quam heredem habere voluisset l. 2 § 7 D. de donationibus 39, 5. l. 8 C. de cond. ob causam 4. 6. l. 8 § 7 D. de cond. institutionum 28, 7, vgl. Savigny Bd. 3 S. 235.

4) L. R. I, 4 §§ 153. 154. Vgl. auch unten § 105 a. E.

5) Bei Verfügungen unter Lebenden ist es hinreichend, wenn der Geber ein Jahr lang wissentlich die Erfüllung durch etwas Anderes geschehen ließ, um dessen Erben die Rückforderung abzuschneiden, L. R. I, 4 § 159.

6) L. R. I, 12 §§ 510—513, unten Bd. 3 § 162 bei Anm. 10 ff.

Als Endzweck behandelt das Landrecht auch die Vorschrift über die Verwendung einer Gabe, welche bloß den eigenen Vortheil des Empfängers zur Absicht hat, so daß im Falle des Ungehorsams ein Rückforderungsrecht eintritt.[7] Das römische Recht hingegen war geneigt, solche Vorschriften als bloßen Rath aufzufassen, welcher keine juristische Folge hatte.[8]

Ist Jemandem etwas zu einem Endzwecke zugewendet, so tritt er der Regel nach sofort in die Ausübung und in den Genuß des ihm bewilligten Rechtes, während dann, wenn die bezügliche Absicht durch die Setzung einer aufschiebenden Bedingung mittelbar erzwungen werden sollte, die Wirkung des Geschäftes bis zu deren Eintritt aufgeschoben ist.[9] Dem Geber steht das Recht der Rückforderung zu und zwar falls keine gewisse Zeit zur Erfüllung des Zweckes bestimmt worden ist, von dem Augenblicke an, mit welchem dessen Erfüllung unmöglich geworden ist, sonst nach dem Ablaufe der festgesetzten Zeit.[10] Der Geber hat auch eine Klage auf Erfüllung, wenn in der Annahme der Gabe, was oft der Fall sein wird, die Uebernahme der Verbindlichkeit Seitens des Empfängers zu sehen ist, der Vorschrift Genüge zu leisten.[11] Diese Erfüllungsklage wird schon mit dem Augenblick entstehen, in welchem die Ausführung möglich wurde und gleichwohl unterbleibt.

Nach römischem Rechte erwarb, abweichend von dessen Grundsätzen über Verträge zum Vortheile eines Dritten, der Dritte zu dessen Gunsten ein Modus zugefügt war, das Recht, seinerseits auf dessen Erfüllung zu klagen.[12] Im preußischen Rechte findet sich eine derartige Ausnahme nicht; der Dritte kann also nur klagen, wenn er dem Geschäfte auf Aufforderung rechtzeitig beitrat.[13]

---

7) L. R. I, 4 § 152 — vgl. unten Anm. 9. — I, 12 § 508.

8) l. 13 § 2 D. de donat. inter v. et u. 24, 1. l. 71 pr. D. de cond. 35, 1. Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cavere, quia ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret.

9) L. R. I, 4 § 153. Ist in Zweifelfällen für Zufügung eines Zweckes oder für aufschiebende Bedingung zu vermuthen? Die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller nehmen das Erstere an, weil der Modus die geringere Beschränkung der Zuwendung sei. Savigny Bd. 3 S. 232. Das Landrecht I, 4 § 152 hingegen vermuthet einen Zweck nur dann, wenn die Auflage den eigenen Vortheil des Empfängers zur Absicht gehabt habe. In anderen Fällen wird man darnach entscheiden müssen, ob der Empfänger sofort in den Genuß gesetzt wurde oder gesetzt werden sollte, vgl. oben § 87 bei Anm. 6.

10) Die entsprechende römische Klage war die condictio ob causam. Das Landrecht I, 4 § 155 bestimmt, daß, wenn der Zweck nicht erfüllt wird, hinsichtlich der Rückforderung Alles stattfinde, was in Ansehung der auflösenden Bedingung § 114 ff. verordnet sei.

11) Die römische actio praescriptis verbis. Anders Eccius Bd. 1 § 38 Anm. 13. Daß die Form der Klagbarkeit gewahrt sein muß, wo eine solche an sich erfordert ist, ist selbstverständlich. — Klage auf Rechnungslegung steht nicht offen, vgl. unten Bd. 2 § 44 bei Anm. 7.

12) l. 3 C. de donat. quae sub modo 8, 55 (Diocletianus et Maximinianus). Grundsätzlich hätte es der Stipulation des Dritten bedurft, vgl. Savigny Bd. 4 S. 285 ff.

13) Unten Bd. 2 § 19.

II. Die Begründung des Geschäftes.

A. Die Mittel der Erklärung.

§ 94. Allgemeines.

Das Rechtsgeschäft vollzieht sich durch die Willenserklärung, in welcher sich der Wille und dessen Aeußerung einheitlich verbinden. So lange der auf das Rechtsgeschäft gerichtete Wille seine Aeußerung noch nicht gefunden hat, bleibt er willkürlich wandelbarer, rechtlich unwichtiger Vorsatz; die Aeußerung ihrerseits hat nur Kraft, soweit sie als Ausdruck des Willens gilt.[1]

1. Die Mittel, welche uns zur Versinnlichung unserer Gedanken überhaupt zu Gebote stehen, also schriftliche und mündliche Worte, sowie Handlungen anderer Art, sind auch die der Erklärung des rechtlichen Willens dienstbaren Medien.[2] Der Wortausdruck muß nicht nothwendig richtig sein. Eine ungenaue oder irrthümliche Bezeichnung des geschlossenen Geschäfes schadet also nicht;[3] desgleichen ist auch eine unzutreffende Benennung der

---

1) Ueber das Verhältniß von Wort und Wille ist neuerdings viel verhandelt worden, vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 91. Es stehen sich die Ansichten schroff gegenüber. Denn nach der einen ist der Wille das unmittelbar Wirkende, die Ursache im Rechtsgeschäft, dessen eigentliche Substanz, nach der andern gehen die Rechtsfolgen von der Rechtsordnung aus und diese knüpft sie an die Willenserklärung als solche, nicht an den Willen. Wenn auch die erstere Auffassung die grundsätzlich richtige ist, so ist sie doch nicht einseitig durchzuführen. Das Rechtsgeschäft ist einerseits die wichtigste Aeußerung der Selbstbestimmung der Persönlichkeit auf wirthschaftlichem Gebiet (Willenstheorie) und andererseits das wichtigste Mittel des Verkehrs, auf dessen Zuverlässigkeit er zu zählen berechtigt ist (Verkehrs-, Vertrauens-, Läsions-Theorien). Das praktische Recht hat diese Gesichtspunkte, welche sich regelmäßig decken, ausnahmsweise aber kreuzen, auszugleichen. Ist also auch der Parteiwille das Schöpferische und grundsätzlich maßgebend, so kann der Berufung auf einen dem andern Theil nicht erkennbaren, vom Wort abweichenden Willen da nicht stattgegeben werden, wo die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs hierdurch in Frage gestellt und der gute Glaube verletzt würde. Von diesen Gedanken geht unsere Darstellung aus. Darüber ist jedenfalls ein Mißverständniß nicht mehr möglich, daß eine doppelte Willensabsicht in Frage steht, nämlich die auf einen gewissen Rechtserfolg gerichtete Absicht, und sodann der Wille, die Aeußerung abzugeben, welche sich als Rechtsgeschäft darstellt. Nur um die Bedeutung der ersteren dreht sich die Frage.

2) L. R. I, 4 §§ 57. 94, vgl. Savigny Bd. 3 § 131 ff.

3) Es wird z. B. ein Geschäft Kaufvertrag genannt, während es seinem Inhalte nach ein Pachtvertrag ist, oder es trägt zwar die Bezeichnung „Wechsel" an sich, ist aber im Rechtssinne kein Wechsel, vielmehr ein kaufmännischer Verpflichtungsschein (Handelsgesetzbuch Art. 300). — Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Parteien die Rechtswirkung des Geschäftes, nicht dessen Form die Hauptsache war, so daß man es daher gleichwohl in der Weise aufzufassen hat, in der die beabsichtigte Rechtswirkung, sei es ganz oder theilweise erreicht wird; vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 124. Mit Unrecht spricht man in solchen Fällen von einer Konversion der Rechtsgeschäfte, da hier das, was vorhanden ist, aufgedeckt, nicht aber umgewandelt wird. Von einer Konversion des Rechtsgeschäftes können wir nur dann reden, wenn einer Partei das Recht gegeben ist, an die Stelle des zunächst beabsichtigten ein von demselben verschiedenes Geschäft durch einen neuen Willensakt zu setzen. Dies war z. B. in Rom der Fall bei der „Kodicillarklausel", da die Berufung zur Rechtsnachfolge des Verstorbenen als Erbe und der Erwerb als Vermächtnißnehmer, abweichend von der Anschauung der Neueren, als Geschäfte mit

Person der Vertragsschließenden oder des Gegenstandes des Geschäftes zulänglich, wenn nur die eigentliche Absicht genugsam erkennbar wird.[4]

2. Drückt bloßes Schweigen zu Handlungen oder zu Fragen Anderer Zustimmung aus? Dies ist nicht nach einer abstrakten Rechtsregel allgemein zu entscheiden, sondern im Einzelfalle nach dem zu beantworten, was in der bürgerlichen Gesellschaft und nach deren Verkehrssitte herkömmlich ist. Schweigen ist hiernach in dem Falle Zustimmung, wenn nach der öffentlichen Meinung, insbesondere aber nach der Auffassung der Berufs- und Standesgenossen ein vernünftiger und ehrlicher Mann eine Ablehnung ausgesprochen hätte, falls er nicht einverstanden gewesen wäre. Demgemäß überläßt das römische und gemeine Recht die Beurtheilung bloßen Schweigens der vernünftigen Abwägung des Richters.[5] [6] Das Landrecht hingegen will Schweigen nur dann als Zustimmung angesehen haben, falls die Gesetze dies besonders vorschreiben.[7] Jedoch sind die besonderen gesetzlichen Normen nach den angegebenen Grundsätzen auszudeuten.[8]

---

grundsätzlich verschiedenen Zielen aufgefaßt wurden, so daß durch jene Klausel dem Erben die Befugniß zu wirklicher Konversion der letztwilligen Verfügung durch seine Erklärung gegeben wurde. Vgl. unten Bd. 3 § 103 bei Anm. 13.

4) Statt des persönlichen Namens des Vertragsschließenden wählt der Verkehr nicht selten ein Abstraktum, z. B. ein Geschäft oder eine Sache. Es fragt sich, ob dies genügt? Das deutsche Handelsgesetz Art. 15, wie die Wechselordnung Art. 4 und 5, hat den Brauch der Kaufleute anerkannt, wonach die von ihnen gewählte Firma der Name ist, unter dem sie ihre Handelsgeschäfte betreiben. Sogar Verträge unter einer unbefugterweise gewählten Firma berechtigen und verpflichten. Für andere Fälle hingegen behauptet das Obertribunal Entsch. Bd. 4 S. 194, wie Koch Komm. zu L. R. I, 5 § 1 die Ungültigkeit des Geschäftes, falls statt des Namens des Vertragschließenden willkürliche Benennungen angewendet würden. Dies erscheint uns für den Fall unrichtig, daß über die Persönlichkeit des Vertragschließenden kein Zweifel sein kann. Insbesondere würde z. B. ein Geschäft, welches das „Rittergut" oder das „Domanium B." über den Verkauf seiner Produkte abschließt, in gültiger Weise dessen Eigenthümer verpflichten und berechtigen. Nicht anders steht es mit dem Abschluß unter einem Pseudonym z. B. eines Schauspielers. Durch die Anforderung der Schriftlichkeit wird dies nicht geändert; siehe unten § 97 Anm. 6.

5) Anders Savigny Bd. 3 § 132.

6) Leichter wird Schweigen als Zustimmung zu deuten sein, falls man bei der Erklärung eines Anderen gegenwärtig ist, ohne zu widersprechen, als wenn man in der Ferne von derselben Kunde erhält und schweigt. Vgl. z. B. l. 4 § 3 D. de fidejuss. et nominat. 27, 7. l. 2 C. si aliena res 8, 16. Der Absendung von Briefen oder Boten bedarf es nur unter besonderen Umständen, vgl. jedoch l. 16 D. de S. C. Maced. 14, 6.

7) L. R. I, 4 § 61. Den Vorschriften des Landrechts liegen die ausgeführten Gedanken zu Grunde. Vgl. L. R. I, 9 § 332. I, 11 § 133. I, 13 §§ 14. 126. 146. 247. I, 22 § 43 ff. (unten § 299 Anm. 6) und a. andern O.

8) Ungesäumte Ablehnung von Anträgen unter dem Rechtsnachtheil der Annahme fordert H. G. B. im Fall des Art. 323 Abs. 1, Art. 339 Abs. 4, Art. 347 Abs. 2 ff., Art. 364 Abs. 2. Aus diesen Bestimmungen ist nicht der Grundsatz zu entnehmen, daß im Handelsverkehr schlechthin Stillschweigen als Zustimmung zu Anträgen gelte, vielmehr ist dies nur unter den im Text entwickelten Voraussetzungen der

3. Die Erklärung ist bald eine unmittelbare oder, wie das Landrecht sie bezeichnet, eine **ausdrückliche**, wenn sie gerade die Bestimmung hat, den auf das fragliche Geschäft gerichteten Willen zu äußern;[9] bald ist sie eine mittelbare oder, nach landrechtlichem Sprachgebrauch, eine **stillschweigende**,[10] wenn sie zwar zunächst einen anderen Zweck hat, dieser aber den Schluß auf jenen Willen bedingt. Dieser Schluß muß nicht auf Nothwendigkeit beruhen; aber auch bloße Wahrscheinlichkeit reicht für denselben nicht hin; vielmehr ist gefordert, daß er sich nach der Art, wie die Menschen in der Regel verfahren, „mit Zuverlässigkeit" machen läßt.[11] In nicht wenigen Fällen schreibt das Gesetz vor, was bis zum Beweise des Gegentheils als wahr anzusehen ist. Dann spricht man von **vermutheten Willenserklärungen**.[12]

Eine ausdrückliche Erklärung ist nicht nur durch Worte, sondern auch durch Handlungen möglich,[13] indem sich z. B. ein Kaufgeschäft ohne Worte im Mitnehmen von Waaren aus einem 50 Pfennigbazar unter Hingabe eines Geldpreises unmittelbar ausdrücken kann. Umgekehrt kann eine stillschweigende Erklärung nicht nur in Handlungen und Unterlassungen,[14] sondern auch in Worten liegen, wie z. B. die ausdrückliche Ermächtigung zur Veräußerung einer auf unsere Rechnung ohne Vollmacht gekauften Waare die Genehmigung ihres Ankaufes stillschweigend enthält.

4. Für manche Geschäfte verlangt das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung, um sich volle Gewißheit über den rechtlichen Willen zu verschaffen.[15] Häufig schreibt dasselbe aber auch eine besondere Weise der Willensäußerung, mit anderen Worten eine **Form** für die Vornahme einer rechtlichen Handlung vor. Die Nichtbeachtung der Form kann den Mangel der Klagbarkeit des Geschäftes, sie kann selbst Nichtigkeit desselben bewirken; auch andere Folgen finden sich fest-

---

Fall, vgl. R. O. H. G. Bd. 1 S. 76, Bd. 2 S. 91, Bd. 12 S. 1. 192, Bd. 14 S. 13, Bd. 15 S. 97. Unter Anderem wird man hiernach in der Regel Zustimmung unterstellen müssen, wenn bei einem bestehenden Auftrags- oder Kontokurrentverhältniß der eine Theil die von dem Anderen vorgeschlagenen Geschäftsbestimmungen und Abänderungen stillschweigend hinnimmt, vgl. auch unten Bd. 2 § 181 Anm. 21, ferner wenn einer der Vertragschließenden seine Auffassung eines anerkannterweise geschlossenen mündlichen Vertrages behufs Feststellung der Uebereinkunft dem anderen Theil schriftlich mittheilt und dieser einen Widerspruch nicht unverzüglich kund giebt. R. O. H. G. Bd. 11 S. 432, Bd. 15 S. 97. Ueber die widerspruchlose Annahme einer Faktura vgl. unten Bd. 2 § 133.

9) L. R. I, 4 §§ 65. 57 fordert zur Ausdrücklichkeit „Worte oder andere deutliche Zeichen"; dieselben müssen aber unmittelbar den fraglichen Willen erklären. So Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 220. R. O. H. G. Bd. 12 S. 55, Bd. 16 S. 183. 300. R. G. Bd. 24 S. 242, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 991. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 978 und oben § 30 Anm. 2.

10) L. R. I, 4 § 54.

11) L. R. I, 4 § 58.

12) L. R. I, 4 §§ 63. 64. Vgl. unten § 128.

13) L. R. I, 4 § 65. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 70 S. 106, Bd. 97 S. 161.

14) R. O. H. G. Bd. 17 S. 394.

15) Vgl. z. B. L. R. I, 16 § 381.

gestellt.[16] Nichtigkeit soll aber, wie das Landrecht vorschreibt, nur dann angenommen werden, wenn dies das Gesetz besonders bestimmt.[17] [18]

§ 95. Schriftlichkeit. Einleitung.[1]

Daß der Inhalt wichtiger Rechtsgeschäfte nicht bloß durch das rasch verflüchtigte, dem Mißverstehen und Vergessen ausgesetzte mündliche Wort festgestellt werde, daß er sich vielmehr durch schriftliche Aufzeichnung treu und sicher in die Zukunft hinein erhalte, liegt, wie im Interesse der Vertragschließenden selbst, so auch in dem der Allgemeinheit, da die spätere gerichtliche Ermittelung bloß mündlicher Verabredungen auf Grund schwankender, nicht selten widersprechender Zeugenaussagen im Streitfalle oft zu weitläufigen und langwierigen Prozessen führen muß.

Durch solche Erwägungen bestimmt, versuchte Friedrich der Große die schriftliche Errichtung der Rechtsgeschäfte unmittelbar zu erzwingen, wovon man freilich auch eine finanzielle Einnahme erwartete. Nachdem zuvörderst das erneuerte Stempeledikt vom 13. Mai 1766 Schriftlichkeit für Kauf-, Pacht- oder Miethverträge über Immobilien vorgeschrieben hatte, falls der Betrag des Geschäftes 50 Thaler überschritt,[2] verlangte die Verordnung vom 8. Februar 1770 bei Strafe der Nichtigkeit schriftliche Errichtung

---

16) Zur Zeit des Landrechts zog der unterlassene Gebrauch des Stempels Nichtigkeit des Geschäftes nach sich, vgl. Edikt vom 8. Febr. 1770 N. C. C. Theil 4 S. 6669 ff., wovon jedoch durch L. R. I. 12 § 159 für letztwillige Verfügungen eine Ausnahme gemacht wurde. Auch das Stempeledikt vom 20. Nov. 1810 Art. 11 bestimmte unter Beibehaltung dieser Ausnahme, daß die Folge des Mangels des Stempels Unzulässigkeit einer Klage und Verlust des Beweismittels sei. Seit der Deklaration dieses Stempelgesetzes vom 27. Juni 1811 § 5 ist aber die Folge des Nichtgebrauchs nicht mehr Nichtigkeit, sondern nur noch Stempelstrafe.

17) L. R. I, 3 §§ 40. 41, A. G. O. II, 1 § 11, jedoch L. R. I, 5 §§ 109. 110. Nicht selten, z. B. bei Abfassung der Testamente L. R. I, 12 § 159, sowie Anh. § 33 zu L. R. I, 12 § 139 werden die wesentlichen Formen, deren Vernachlässigung eine Urkunde nichtig macht, unterschieden von unwesentlichen, z. B. Beidrücken des Gerichtssiegels, Vermerk der Zeit der Uebergabe des Testamentes an den Richter. Auch das Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845 § 40 ff. unterscheidet gewisse Formen als wesentliche, so daß in deren Ermangelung die Urkunde nicht die Kraft einer notariellen hat, und andere, welche diese Kraft nicht bedingen, die aber vom Notar zu befolgen sind. Neuere gemeinrechtliche Schriftsteller lehren gewöhnlich, z. B. Windscheid Bd. 1 § 72 Anm. 2 schlechthin, daß die Folge der Vernachlässigung der vorgeschriebenen Form Nichtigkeit sei. Aeltere Praktiker hingegen nehmen an, daß solennitas accidentalis non semper vitiat actum: Mevius p. 6 decis. 81 n. 2.

18) Ueber die Form der im Auslande geschlossenen Geschäfte vgl. oben § 27 Anm. 10 und 11.

1) L. R. I, 5 § 116 ff. Arndts in Ulrichs Archiv Bd. 1 S. 132 ff., Bornemann Erörterungen I, S. 144 ff., Franz, über das System der Schriftlichkeit bei Gruchot Bd. 13 S. 75 ff.

2) Stempeledikt § 2. N. C. C. Theil 4 S. 404.

für alle Verträge über mehr als 50 Thaler Werth.[3] Die einseitige Erfüllung eines zweiseitigen, bloß mündlichen Geschäfts sollte nach dieser Verordnung keinerlei Anspruch auf eine Gegenleistung, ja sogar keine Forderung auf Rückgabe des Geleisteten begründen, so daß von der einen Seite gezahlte Gelder nicht zurückgefordert werden konnten, wenn von der anderen Seite nichts geleistet wurde.[4] Nur die Eigenthumsklage sollte demjenigen, welcher eine bewegliche Sache zur Erfüllung des mündlichen Betrages gegeben hatte, binnen 6 Monaten und zwar nur gegen den Empfänger selbst zustehen, und bloß sofern sich die Sache bei diesem noch vorfand. Indessen diese gewaltsame Strenge zwang den Verkehr nicht vollständig zur Beobachtung der vorgeschriebenen Form; es wendete sich vielmehr das Rechtsgefühl gegen die Treulosigkeit dessen, welcher die Erfüllung des mündlichen Vertrages Seitens des anderen Theils zu dessen Uebervortheilung ausbeutete. Daher verfügte schon das Reskript vom 10. März 1781[5] — unter den Eingebungen des neuen Chefs der Justiz Carmer — daß, wer seinerseits aus einem mündlichen Vertrage erfüllt habe, verlangen könne, daß der Gegentheil entweder das Geschäft schriftlich errichte oder das Gegebene oder Geleistete zurückgebe oder dafür Ersatz leiste.[6] Indem man aber so die Schroffheit der ursprünglichen Bestimmungen milderte, legte man den Grund zu einem künstlichen kasuistischen Systeme, reich an Streitfragen, die sich im Landrecht noch weiter entwickelten, welches auf diesem Rechtszustande fortbaute.

Hiermit mußte sich aber der Eindruck des Gebotes der Schriftlichkeit auf den Verkehr wesentlich abschwächen. Trotz des Gesetzes bewegte sich derselbe zu einem großen Theile in mündlichen Rechtsgeschäften, indem man theils die mit der Schrifturkunde verbundenen Kosten des Stempels scheute, theils die Umständlichkeit schriftlicher Aufzeichnung für unnöthig erachtete, da man der Loyalität des anderen Theiles vertraute. Kam es dann zum Prozesse, so machte die Frage der Unumgänglichkeit der Schriftform und die Bestimmung der Folgen ihrer Unterlassung oft kaum weniger Schwierigkeit, als die Ungewißheit mündlicher Verabredungen hätte bewirken können. Die Erfahrungen eines Jahrhunderts

3) N. C. C. Theil 4 S. 6670. Ausgenommen waren jedoch gewisse Kontrakte, so das depositum miserabile, das receptum der Gastwirthe, Fuhrleute und Schiffer, Handelsgeschäfte der Kaufleute in gewissem Maße, beiderseitig sofort erfüllte Verträge über bewegliche Sachen.

4) Demgemäß gewährte man dem Vermiether keine Klage auf den Miethzins, wenn der Miether oder Pächter auf Grund eines mündlichen Vertrages in den Genuß der Miethsache gewiesen war; es konnte der Miether, welcher im voraus den Miethzins bezahlt hatte, denselben auch dann nicht zurückfordern, wenn ihm die Miethsache nicht in Folge des mündlichen Vertrages überlassen, oder wenn sie ihm vorzeitig entzogen wurde.

5) N. C. C. Theil 7 S. 3301.

6) Vgl. Kleins Annalen Bd. 2 S. 293.

zeigen, daß der Zwang zur Schriftlichkeit der Willenserklärungen, wie ihn das Landrecht gestaltete, mit Nachtheilen verknüpft ist, welche die erzielten Vortheile aufwiegen. Daher geht die Richtung der neueren Zeit darauf, dem Verkehr zu überlassen, das dem Bedürfnisse Entsprechende selbst vorzukehren. Diesem Bestreben huldigt insbesondere die neuere handelsrechtliche Gesetzgebung, welche die Handelsgeschäfte für die Regel von der Nothwendigkeit der Schriftlichkeit befreite[7] und damit in das System des Landrechts einen tief gehenden Bruch machte.

Mit dem Verzicht auf den Zwang zur Schriftlichkeit ist deren mittelbare Förderung durch die Gesetzgebung keineswegs ausgeschlossen. Die neuere Gesetzgebung begünstigt die Schriftlichkeit bald dadurch, daß sie besondere Vorrechte an dieselbe knüpft,[8] bald so, daß sie den Vertragschließenden unter Umständen das Recht giebt, die Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde über den mündlichen Vertrag zu fordern.[9] Auch der Civilprozeß kann zweckmäßigerweise auf schriftliche Errichtung der Verträge mittelbar hinwirken. Die französische Gesetzgebung versucht dies in nachdrücklicher Art durch Beschränkung des Zeugenbeweises, falls der Gegenstand des Geschäfts 150 Franken übersteigt,[10] die Gesetzgebung mancher deutscher Schweizerkantone durch Verwerfung des Schiedseides als Beweismittel. Wenig praktische Wirkung hat es dagegen, daß die Reichscivilprozeßordnung an die Begründbarkeit eines Anspruches auf eine bestimmte Zahl von vertretbaren Sachen oder Werthpapieren durch Urkunden den Vorzug des Urkundenprozesses knüpft.[11] [12]

§ 96. Fälle der Nothwendigkeit der Schrift.

1. Das Edikt von 1770 erforderte nur für **Kontrakte zur Begründung von Rechtsansprüchen** Schriftlichkeit, falls sich deren Gegenstand

7) H. G. B. Art. 317. — Ueber den Begriff der Handelsgeschäfte unten Bd. 2 § 5. Das frühere Recht ergiebt L. R. I, 5 § 149. II, 8 § 475 ff.

8) Z. B. das Recht des Privatpfandverkaufs H. G. B. Art. 310. 311, die Rechte des Bodmereigeschäfts H. G. B. Art. 683.

9) H. G. B. Art. 440. 558. 778. Nach der R. C. P. O. § 853 kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über einen an sich gültigen mündlichen Schiedsvertrag fordern.

10) Code civil art. 1341 ff.

11) R. C. P. O. § 555 ff. vgl. unten § 139.

12) Nicht hoffnungsvoll spricht sich über die Zukunft Eccius Bd. 1 S. 456 aus gemäß seiner Erfahrung als gemeinrechtlicher Richter. „Nachdem der Entwurf des b. G. B., der die Regel der bindenden Kraft des mündlichen Vertrags ohne Schranken aus der Höhe des Gegenstands feststellt, in Kraft getreten sein wird, werden dem preußischen Richter die häufigen Qualen des gemeinrechtlichen Richters, zu zweifeln, ob nur Absichten, wie man handeln wolle, zum Ausdruck gebracht sind, oder ob eine Erklärung mit dem Bewußtsein abgegeben werde eine Pflicht zu übernehmen, nicht erspart werden, vielleicht auch sehnsüchtige Erinnerungen an das Landrecht wachrufen." Vgl. unten § 98 Anm. 1.

über 50 Thaler belief. Hierauf hatte sich auch der Entwurf des Gesetzbuches von 1784 beschränkt. Bei dessen Umarbeitung schien es jedoch folgerecht, auch andere Willenserklärungen der nämlichen Form zu unterstellen.[1] Demzufolge forderte man jetzt die Schriftlichkeit auch für einseitige Willenserklärungen,[2] deren Wirkungen sich in die Zukunft erstrecken sollen, was sich nach den Materialien des Landrechts besonders auf Konsense bezieht, welche zu Rechtsgeschäften Dritter nothwendig sind, sowie auf Entsagungen und Verzichtleistungen auf Ansprüche, welche über 50 Thaler Werth haben.[3] Trotzdem hat die preußische Rechtswissenschaft als Regel die Geltung von mündlichen Konsensen[4] und von mündlichen Entsagungsverträgen[5] zur Anerkennung zu bringen gesucht.[6]

---

1) Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches Th. II Abth. I Tit. 2 § 100. Zu dem Gesetzbuche war monirt worden: Auch könnte der bloß einseitigen Erklärungen und Versprechungen erwähnt werden, z. B. Quittungen, Konsense. Hierauf bemerkte Suarez in der revisio monitorum: Das Edikt von 1770 redet von Kontrakten, Verträgen und Versprechungen. Hiernach könnte es also scheinen a) als ob bloße Entsagungen eines Rechtes der schriftlichen Abfassung nicht bedürfen. Es ist aber das Gegentheil (Tit. 13 §§ 229. 230, jetzt L. R. I, 16 §§ 380. 381) angenommen, wohingegen b) bei Quittungen scriptura nicht nothwendig erfordert wird. c) Es giebt noch viele andere einseitige Erklärungen, wodurch weder etwas versprochen, noch eine Verbindlichkeit erlassen wird, z. B. die Konsense der Agnaten in Lehnssachen, der Konsens der Eltern in die Verheirathung der Kinder, die Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt. Da dergleichen Erklärungen gewöhnlich weiter hinausgehende Folgen haben, so dürfte es wohl rathsam sein, die Regel zu etabliren, daß auch einseitige Erklärungen, insofern die Folgen sich auf die Zukunft hinaus erstrecken, nur durch die schriftliche Abfassung verbindliche Kraft erhalten. Die etwaigen Ausnahmen würden bei den einzelnen negotiis zu bestimmen sein (Mittheilungen der Gesetzrevisoren Pens. XIV Mot. S. 140). Hieraus sind die §§ 133 und 134 unseres Titels hervorgegangen.

2) L. R. I, 5 § 133, vgl. oben § 71 Anm. 2 und vorige Anm.

3) L. R. I, 5 § 134: „Zu Entsagungen und Verzichtleistungen, nicht aber zum Beweise der erfolgten Zahlung oder sonstigen Erfüllung einer Verbindlichkeit sind schriftliche Urkunden erforderlich.“ Dem Wortlaute nach könnte man hiernach Schriftlichkeit auch für Entsagungen im Werthe unter 150 Mark fordern, was u. A. früher Koch Recht der Forderungen Bd. 1 S. 176 that; dagegen im Kommentar L. R. I, 5 § 134 Anm. 15. Jene Auffassung widerspricht indessen nicht nur L. R. I, 16 § 387, sondern auch der Entstehungsgeschichte des § 132, nach welcher man Entsagungen den Kontrakten nur gleich stellen, nicht sie mehr erschweren wollte; vgl. oben Anm. 2. Hierüber herrscht jetzt allseitige Uebereinstimmung.

4) Insbesondere hat das Obertribunal durch Plenarbeschluß vom 1. März 1847, Entsch. des Obertribunals Bd. 14 S. 34 ff., festgestellt, daß Konsense an sich der Formvorschrift von L. R. I, 5 § 133 nicht unterliegen. Die Beweisführung des Obertribunals ist wesentlich folgende: Das Gesetzbuch habe nach seiner ursprünglichen Anlage da, wo es Schriftlichkeit der Konsense wolle, dies stets besonders bestimmt, z. B. I, 11 §§ 680. 681. 700. I, 18 §§ 202. 313. I, 18 §§ 698—699. I, 20 § 65, in anderen Fällen hingegen habe mündliche Zustimmung genügen sollen. Nun sei zwar der § 133 — vorstehende Anm. 1 — noch nachträglich eingeschoben worden; man habe jedoch die einzelnen Bestimmungen nicht hiernach umredigirt, und es seien diejenigen Fälle nicht bezeichnet worden, in welchen ein mündlicher Konsens ausnahmsweise ausdrücklich für ausreichend gelten solle. Bei solcher Sachlage sei nach wie vor, der Absicht des Gesetzgebers nach, Mündlichkeit für Konsense genügend, wo Schriftlichkeit nicht besonders vorgeschrieben sei. L. R. I, 5 § 133 wird hiernach nur auf einseitige Verträge, die contractus

Nur insoweit bedürfen die Rechtsgeschäfte schriftlicher Beurkundung, als sie eine dem Erklärenden nachtheilige Willensverfügung enthalten: die Annahme derselben kann hingegen, falls es sich nur um den Erwerb von Vortheilen handelt, auch ohne Schriftform geschehen.[7]

Die Frage, ob der Gegenstand des Geschäftes 150 Mark überschreitet, wird nicht selten zweifelhaft sein.[8] Maßgebend ist natürlich der Werth im Augenblicke des Geschäftsschlusses, nicht zur Zeit der Klaganstellung. Schloß daher Jemand ein gewagtes Geschäft, so kommt nicht die Summe des zufälligerweise späterhin einschlagenden Gewinnes in Betracht, sondern die gegebene oder versprochene Gegenleistung, welche den Werth der Glücksschance im Augenblicke des Geschäftsschlusses darthut.[9] Aus demselben Grunde bleibt das Wachsen der Forderung, durch Ansprüche auf Früchte und gesetzliche Zinsen und insbesondere die Steigerung, welche die Forderung in Folge Verzuges und Verschuldung erfährt, außer Ansatz. Ebensowenig können bei Bemessung des Anspruches dessen Accessorien, namentlich Vertragzinsen und Vertragstrafen, berechnet werden, da sie besondere, mit der Hauptforderung nur verbundene Ansprüche bilden.[10] Ist der Gegenstand des Rechtsverhältnisses keine

unilaterales bezogen. Striethorst Archiv Bd. 80 S. 276. Das R. G. Bd. 25 S. 386, bei Gruchot Bd. 31 S. 908 hat sich dieser Usualinterpretation angeschlossen.

5) Ueber Entsagungen vgl. oben § 85 Anm. 15. Auch Fristbewilligungen enthalten „Entsagungen". Dennoch ist von der Nothwendigkeit der Schriftform hier abzusehen, da nicht erhellt, daß man bei Abfassung des Landrechts solche Bewilligungen als Entsagungen auffaßte und L. R. I, 5 § 134 jedenfalls nicht über den unzweideutig gewollten Fall hinaus auszulegen ist. Ebenso verhält es sich mit der Ablehnung eines Antrags vor Ablauf der Annahmefrist, unten § 107 Anm. 17, wohl auch dem Abstande von einer erfolgten Kündigung. Vgl. auch unten Bd. 2 § 143 Anm. 13, § 200 bei Anm. 25.

6) Eine Analogie kann im römischen Rechte gefunden werden, da dieses aus nackten Verträgen weit früher und umfassender Einreden (die exceptio pacti de non petendo) gab, l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14, als es aus solchen Verträgen Klagen entspringen ließ.

7) L. R. I, 5 § 81. Eine schriftliche Cession z. B. kann mündlich angenommen werden. Wie aber, wenn sich bei Abschluß eines zweiseitigen Geschäftes nur der eine Theil, z. B. der Käufer, schriftlich erklärt hat, und der andere Theil, der Verkäufer, nur mündlich in das Geschäft willigte? Der Käufer, welcher unterschrieben hat, ist hier gebunden, nicht aber der Verkäufer; Präj. des Obertribunals n. 292, R. G. Bd. 25 S. 319. Es liegt also ein hinkender Vertrag vor, ähnlich wie wenn man mit einem Unfähigen einen Vertrag abschließt. L. R. I, 5 § 11, oben § 74 Anm. 16. Es ist aber auch hier dem durch seine Unterschrift einseitig Gebundenen zu verstatten, eine bindende Erklärung von der anderen Seite innerhalb angemessener Frist zu fordern, widrigenfalls er zurücktreten darf. Eine gesetzliche Bestimmung in diesem Sinne zu treffen, war die Absicht der Gesetzrevisoren. Vgl. auch Koch zu L. R. I, 5 § 116.

8) L. R. I, 5 § 132 ist auf Verträge, die seit dem 1. Januar 1876 geschlossen wurden, völlig unanwendbar; für ältere kommt in Betracht die Ausführung unten Bd. 2 § 31 a. E.

9) L. R. I, 5 § 138 und folgende Anm. 11.

10) Ueber den Zuwachs vgl. l. 9 § 1. l. 11 D. de donat. 39, 5. Für Vertragstrafen bestimmt die Nichteinrechnung ausdrücklich L. R. I, 5 § 140. Wie aber, wenn der Hauptvertrag, welcher zu seiner Klagbarkeit der Schriftlichkeit bedurfte, bloß mündlich, der accessorische Vertrag, z. B. über Zinsen oder Vertragstrafen schriftlich abge-

Geldsumme, so wird der Richter sich zunächst an eine etwaige unter den Parteien vereinbarte Bemessung desselben halten. Sonst tritt eine Schätzung ein. In einer Reihe von Fällen wurde die Schwierigkeit der Schätzung des Gegenstandes, sei es seiner Art nach oder deshalb, weil es sich um zur Zeit des Geschäftsschlusses noch ungewisse Summen handelt, der Anlaß dafür, Schriftlichkeit schlechthin zu fordern;[11] so namentlich bei terminlichen Leistungen auf unbestimmte Zeit.

2. Gewisse Geschäfte sind an die Schrift gebunden ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenstandes. Dies beruht zum Theil auf bloßer Zweckmäßigkeit. Hauptfälle sind außer den berührten Geschäften ungewisser Höhe Pachtverträge über Landgüter, soweit sie nicht gerichtlich sein müssen, Gesellschaftsverträge, Bürgschaften, Expromissionen, Cessionen Verpfändungen verbriefter Forderungen,[12] endlich Verträge, welche die Veräußerung, Verpfändung und dingliche Belastung von Grundstücken zum Gegenstande haben.[13] Eigenhändiges Schreiben und Unterschreiben genügt

---

schlossen wäre? Ist der Nebenvertrag dann wegen des Mangels des Hauptvertrages hinfällig? Dies ist zu verneinen, weil immerhin der mündliche Vertrag eine natürliche Verbindlichkeit begründet, § 98 Anm. 2 und unten Bd. 2 § 3. Anders Eccius Bd. 2 § 79 Anm. 66.

11) Ausgesprochen ist dieser Grund im Gesetze nicht. Doch scheint es der den Bestimmungen des Landrechts zu Grunde liegende Grundsatz zu sein. Es erklärt sich hieraus die Nothwendigkeit der Schrift bei terminlichen Leistungen mit unbestimmter Zeit L. R. I, 5 § 136. I, 11 § 729, ferner die Vorschrift von I, 5 § 135, wonach Verträge über Grundgerechtigkeiten, die man als unschätzbare oder doch schwer schätzbare Sachen ansah, sowie über beständige persönliche Lasten und Pflichten schriftlicher Abfassung bedürfen. Daher muß auch der Vertrag mit Hausofficianten, Erziehern u. dergl. schriftlich sein, L. R. II, 5 §§ 177. 188. Endlich rechtfertigt sich hieraus, daß nach L. R. I, 5 § 139 der Vertrag allemal schriftlich abzufassen ist, wenn er von beiden Theilen ein gewagtes Geschäft enthält. In solchem Falle ist eben der Werth der Glückschance zur Zeit des Vertragsschlusses nicht schätzbar.

12) Ueber Geschäfte ungewisser Höhe siehe oben Anm. 11, über Pachtverträge L. R. I, 21 §§ 401. 402, unten Bd. 2 § 166, über Gesellschaftsverträge L. R. I, 17 § 170, unten Bd. 2 § 216, über Bürgschaften L. R. I, 14 § 203, unten Bd. 2 § 242, über Expromissionen L. R. I, 14 § 400, unten Bd. 2 § 64, über Cessionen verbriefter Forderungen L. R. I, 11 § 394, unten Bd. 2 § 82, über Verpfändung solcher Forderungen Verordnung vom 9. December 1809 unten § 361; das L. R. fordert Schriftlichkeit auch für Verlagskontrakte L. R. I, 11 § 998; dieselben sind jedoch heutzutage in der Regel als Handelsgeschäfte ohne Schrift gültig, unten Bd. 2 § 210; ebenso für Versicherungen, die aber, wenn gegen Prämien, stets Handelsgeschäfte bilden, vgl. unten Bd. 2 § 232.

13) Zur Zeit des Inkrafttretens des Landrechts bedurften Verträge, welche die Uebertragung des Eigenthums von Immobilien zum Zwecke hatten, gerichtlicher oder notarieller Errichtung. Corp. jur. Frid. III, 7 § 44. „Wenn jedoch ein Kontrakt a) ein unbewegliches Grundstück betrifft ... so muß der Kontrakt und das Instrument hierüber allemal vor Gerichten oder vor einem notario errichtet werden." Vgl. Hypothekenordnung von 1783 II, 61. L. R. I, 10 § 15. 16. A. G. O. II, 1 § 3. Milderung war, daß nach L. R. I, 10 § 17 und Hypothekenordnung § 62 schriftliche Verträge über Veräußerung von Immobilien die Wirkung einer Punktation haben sollten, so daß auf Errichtung eines gerichtlichen Instrumentes geklagt werden konnte. Auf mündliche Verträge

zu Soldatentestamenten, zu Anordnungen von Vater und Mutter bezüglich der Vormundschaft über ihre Kinder,[14] sowie zu letztwilligen Theilungen unter den Kindern.[15] Wesentlich ist ferner die Schriftlichkeit zur Ausstellung eines Wechsels, zum Indossament und dem Accept desselben, sowie für das Inhaberpapier und für das Konnossement, so daß sie aber in allen diesen Fällen eine andere Bedeutung, als in den vorgenannten hat. Hier nämlich ist sie ein wesentliches Element des Geschäftes, und tritt nicht bloß von Außen her hinzu. Daher vollendet sich hier der Wille erst mit Vollziehung der Urkunde.

3. Befreit von der Nothwendigkeit schriftlicher Form sind die Realkontrakte des römischen Rechtes, also Hinterlegung, Leihe, Pfand, Darlehen; desgleichen entsteht die Haftpflicht der Wirthe, Fuhrleute und Schiffer mit der Aufnahme von Reisenden und der Uebernahme der Waaren. Ferner bedürfen Gesindeverträge schriftlicher Beurkundung nicht, da diese dem Wesen des mehr patriarchalischen Gesindeverhältnisses nicht recht entspricht.[16]

4. Das Handelsgesetzbuch hat für Handelsgeschäfte die Nothwendigkeit der Schrift beseitigt[17] und auch die Reichsgesetzgebung schließt sich überwiegend dem Grundsatz der Formlosigkeit an.

Dennoch kommen neuere Gesetze vielfach auf die Schriftlichkeit zurück. Die Abfassung und die Abänderung von Statuten zahlreicher Genossenschaften,

---

ist aber diese Milderung nicht erstreckt worden. Durch Gesetz vom 23. April 1821 wurden allerdings schriftliche Verträge zur Eintragung ins Hypothekenbuch für genügend erklärt, falls die Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt wurden, Schriftlichkeit wird aber stets vorausgesetzt und aus mündlichen Verträgen nie eine Klage auf Errichtung einer schriftlichen Urkunde zugelassen. Jedenfalls hat sich das Obertribunal trotz des Widerspruches einiger Schriftsteller gleichförmig für die Nothwendigkeit der Schriftlichkeit auch bei der Veräußerung von Grundstücken, die unter 150 Mark Werth haben, erklärt. Und dies wird auf alle dinglichen Belastungen angewendet; bei Grundgerechtigkeiten und Reallasten kommt der Anm. 11 hervorgehobene Gesichtspunkt hinzu.

14) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 17.

15) L. R. II, 2 § 380, unten Bd. 3 § 116.

16) Ueber Hinterlegung vgl. L. R. I, 5 § 144, Leihe I, 21 § 229, Darlehen I, 11 § 727, Pfand I, 20 § 94, über Aufnahme von Sachen durch Gastwirthe, Fuhrleute und Schiffer L. R. I, 5 § 145, über Gesindeverträge die Gesindeordnung vom 8. November 1810 § 22 ff. Auch Zahlungen und Angaben an Zahlungsstatt geschehen gültigerweise formlos L. R. I, 5 § 134 und unten Bd. 2 § 98 bei Anm. 6. Verzinslichkeit des Darlehns, sowie von den gesetzlichen Bestimmungen des Darlehnsvertrages abweichende Verabredungen fordern ohne Unterschied der Summe Schriftlichkeit. L. R. I, 11 § 729.

17) H. G. B. Art. 317. Die Bestimmung hat die weiteste Anwendung erfahren auf Abänderung, Anerkennung, Aufhebung (§ 101 Anm. 3) der Handelsgeschäfte sowie auf die Cession des Anspruches, ohne Unterschied, ob der zu Grunde liegende Vertrag schriftlich oder mündlich ist. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 295. Ebenso ist sie anzuwenden auf die vorbereitenden Handlungen, aus denen das Rechtsgeschäft unmittelbar hervorgeht. R. O. H. G. Bd. 15 S. 331. Der ehemännliche Konsens zu Handelsgeschäften kann daher mündlich erfolgen R. O. H. G. Bd. 2 S. 98, unten Bd. 3 § 23 zu 3. Ueber die Vollmacht zum Abschluß von Handelsgeschäften vgl. unten § 115. Soweit die Schriftform zur Begründung eines dinglichen Rechts erforderlich ist, greift H. G. B. Art. 317 nicht ein. R. G. im J. M. Bl. 1884 S. 249.

z. B. der eingetragenen Erwerbsgenossenschaften, der eingetragenen Hülfskassen, der Waldgenossenschaften bedarf der Schriftlichkeit, diejenige vieler anderer, so der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften, der freien Wassergenossenschaften, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Der Zutritt zur Aktiengesellschaft ferner, sowie zu eingetragenen Genossenschaften und Hülfskassen, verlangt die Schrift zur Gültigkeit;[18] auch die Uebertragung von Neukuxen muß schriftlich geschehen;[19] der Lehrlingsvertrag hat volle Kraft nur, wenn er schriftlich geschlossen ist,[20] [21] auch bedarf die Zusicherung einer die Gebührenordnung für Rechtsanwälte überschreitenden Vergütung an einen Anwalt der Schriftlichkeit.[22]

§ 97. Form der Urkunde.[1]

Nicht eine förmliche zum Zwecke des Beweises aufgenommene Urkunde fordert das Landrecht zur Herstellung der Schriftlichkeit des Rechtsgeschäfts. Es wird vielmehr nur eine Schrift verlangt, welche den Inhalt des Geschäftes in Worten darlegt. Nothwendig ist aber stets die Unterschrift des sich Verpflichtenden.[2] Daher ist bloßer Briefwechsel hinreichend, aus welchem der Vertragsinhalt erhellt, wenn er von dem sich Verpflichtenden selbst geführt, mindestens aber unterschrieben ist;[3] ja, es genügt ein Telegramm, wenn nur

---

18) H. G. B. Art. 176. 210. Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 §§ 15. 113. Gesetz über die eingetragenen Hülfskassen vom 7. April 1876 §§ 3, 4 und 6.

19) Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 105 Abs. 1, unten § 269 Anm. 6.

20) Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 § 132, unten Bd. 2 § 194 Anm. 16.

21) Ueber Bodmereiverträge siehe H. G. B. Art. 683. Vgl. oben § 95 Anm. 8.

22) Gesetz vom 7. Juli 1879 § 93.

1) L. R. I, 5 §§ 116. 142 ff.

2) L. R. I, § 5 §§ 116. 118. Ob der Kontext der Urkunde von dem Erklärenden oder vom Dritten geschrieben wurde, ist gleichgültig. Die Unterschrift vollzieht die Urkunde nur, soweit sie den Schluß des Kontextes bildet; sie muß ihm also räumlich nachfolgen; doch gilt dies nicht für den Wechsel, bei welchem die Unterschrift des Ausstellers neben der Adresse des Bezogenen zu stehen pflegt, vgl. unten Bd. 2 § 258 Anm. 2. — Es reicht aus, daß die Vertragschließenden eine Erklärung unterschreiben, Inhalts deren sie bekennen, daß sie „die nachstehenden Verabredungen getroffen haben" oder daß sie „über die die in der Anlage beigefügten Bestimmungen einig sind". Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 168. Daß die Unterschrift auch zeitlich später niedergeschrieben wurde, als der Kontext, liegt nicht im Begriff der Form; es genügt also, daß der Kontext mit dem Willen des Unterschreibenden über dieselbe geschrieben werde. Dies bezieht sich namentlich auf den Fall der Aushändigung eines Blanketts, welches der Empfänger der Abrede gemäß ausfüllt, R. G. Bd. 14 S. 301. Der Gegenbeweis unberechtigter Ausfüllung ist zulässig. Das Gegentheil nimmt aber das O. Trib. an, Entsch. Bd. 50 S. 29, Bd. 69 S. 198. Ist die Echtheit der Unterschrift festgestellt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich; R. C. P. O. § 405 Abs. 2.

3) Krantz, über Unterschrift bei Vertragschluß durch Briefwechsel, bei Gruchot Bd. 36 S. 57. Das L. R. spricht zwar I, 5 § 142 davon, daß Briefwechsel zwischen Abwesenden den schriftlichen Vertrag vertrete. Aber dies ist nicht erheblich, da man den Einwand nicht zulassen würde, daß die Briefe persönlich von den Vertragschließenden ausgewechselt wurden.

der Aufgeber das der Telegraphenanstalt übergebene Blatt selbst unterzeichnete.[4 5]

Sind auch die zur Schrift benutzten Mittel regelmäßig Papier und Dinte, so ist doch jeder Stoff und jedes Schreibmaterial, z. B. Bleistift, Kreide, zulänglich, vorausgesetzt, daß dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach das Geschriebene mehr als ein Augenblicksdasein versprach. Es kann ferner, wie mit Buchstaben, so auch mit stenographischen Zeichen und mit Chiffern geschrieben sein, wenn dieselben nur entzifferbar sind. Was die Unterschrift anlangt, so kommt natürlich die Unleserlichkeit der Schriftzüge nicht in Betracht, falls feststeht, daß dieselbe als Namensunterschrift dienen sollte. Auch das Unterschreiben mit einem ungenauen oder fremden Namen kann richtiger Ansicht nach der Gültigkeit des Geschäftes nicht schaden, da die Schrift hier immerhin die echte, wenn auch willkürlich gewählte, Unterschrift des Versprechenden erhalten hat.[6 7 8]

Zweifelhaft ist die Gültigkeit der Unterschrift des Namens des Versprechenden, welche durch einen mündlich Beauftragten vollzogen ist. Erfolgte sie auf Grund eines Diktates, so ist sie als gültig anzusehen, da sie

4) Schering Archiv Bd. 2 S. 434 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 57.

5) Ueber Telegramm vgl. noch unten Bd. 2 § 300 Anm. 11. Besiegelung ist der Regel nach selbst dann nicht nöthig, wenn ihrer in der Urkunde gedacht wird, L. R. I, 5 § 119; sie ist aber erforderlich, wo sie die Gesetze besonders verlangen, wie für die Geschäfte der Landgemeinden und der Kirchengemeinden, vgl. oben § 53 Anm. 2.

6) R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 904 (Künstlernamen). Anders Koch L. R. zu § 116 des Titels, welcher meint, es fehle hier die Ernstlichkeit des Willens, eine Behauptung, welche unbegründet ist. Ebensowenig kann in Betracht kommen, daß es verboten ist, fremde Namen zu führen — Str. G. B. § 360 Ziff. 8 —, da dieses nur strafbar ist; vgl. auch oben § 94 Anm. 4. Wie, wenn eine Urkunde nur mit dem Vornamen unterschrieben ist? Es wird sich hier die Frage erheben, ob vielleicht nur der Anfang einer Unterschrift vorliegt, in welchem Falle die Urkunde als unvollständig das Rechtsgeschäft nicht vollzieht, oder ob die Unterschrift in solcher Weise den Schreibenden vollständig bezeichnen sollte, was z. B. sehr wohl denkbar ist bei einem Briefwechsel zwischen nahen Verwandten oder bei Schreiben einer fürstlichen Persönlichkeit, in welchen Rechtsgeschäfte enthalten sind. In solchen Fällen entsteht ein klagbares Rechtsgeschäft. Auch Bezugnahme auf eine frühere Namensunterschrift mit den Worten „der Obige“ bildet eine Unterschrift.

7) Bestreitbar ist, ob die Unterschrift auch durch Unterdruck eines Stempels oder in ähnlicher Weise hergestellt werden kann. Es ist dies zu bejahen. Wesentlich ist nur, daß der Name des Promittenten durch eine unmittelbar hierauf gerichtete Thätigkeit desselben unter den Kontext der Urkunde gesetzt wurde; es ist unerheblich, welche Mittel hierbei angewendet wurden; vgl. auch R. G. Bd. 13 S. 74, in Strafsachen Bd. 21 S. 186. Eccius Bd. 1 § 40 Anm. 19 meint, es müsse erhellen, daß durch Thätigkeit des Erklärenden die Urkunde vollzogen wurde. Dies sei „beim Aufdruck eines einfachen Namensstempels“ nicht anzunehmen, wohl aber „beim Aufdruck eines Facsimile's der Unterschrift“. Wie soll hieraus mehr oder minder die „Thätigkeit des Kontrahenten“ erhellen? Vgl. noch R. G. Bd. 14 S. 97.

8) Beglaubigte Handzeichen ersetzen die Unterschrift nicht, anders nach der Wechselordnung Art. 94 und dem Reichsgesetz über eingeschriebene Hülfskassen vom 7. April 1876 § 6.

auch in solchem Fall einem unmittelbar auf sie gerichteten Willensakt des Versprechenden entsprang und der Schreiber dabei nur einen mechanischen Dienst leistete.[9] Geschah sie aber in Folge einer Vollmacht, so ist sie ungültig,[10] da der Machtgeber nach preußischem Rechte aus Handlungen des Bevollmächtigten nur verpflichtet wird, wenn er zu deren Vollziehung schriftliche Vollmacht ertheilte.[11] [12]

§ 98. Verabsäumung der schriftlichen Form. Anerkennung. Erfüllung.

Fehlt die schriftliche Form in Fällen, in welchen das Gesetz sie fordert, so entspringt aus dem Rechtsgeschäfte keine Klage; auch mittelbar kann dessen Erfüllung nicht etwa durch eine Einrede, z. B. der Gegenrechnung, erzwungen werden; und zwar ist das ganze Geschäft, wenn es den für den mündlichen Abschluß zugelassenen Betrag überschreitet, unerzwingbar, so daß man es nicht etwa bis zum Belaufe von 150 Mark gerichtlich geltend machen kann.[1]

---

9) A. Ansicht Eccius a. a. O. Anm. 19, weil sich der Jussus in der Urkunde nicht verkörpere. Dies ist aber nicht nöthig; es verkörpert sich der Wille des Geschäfts unmittelbar auch durch solche Unterschrift, deren Echtheit — R. C. P. O. § 404 — der sie Diktirende nicht in Abrede stellen kann. Offen lassen die Frage R. O. G. B. Bd. 7 S. 315 und R. G. Bd. 4 S. 318. Eigenhändige Unterschrift fordert das Gesetz nicht, vgl. L. R. I, 5 § 116.

10) Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 477 ff., sowie Präj. 2077. R. G. Bd. 4 S. 318.

11) Unten Bd. 2 § 180 bei Anm. 11. Bestritten ist, ob der Mangel der schriftlichen Bevollmächtigung zur Unterschrift durch spätere, die Genehmigung in sich schließende Handlungen des Vollmachtgebers gehoben werde. Es ist hierbei zu bemerken, daß im Allgemeinen eine bloß mündliche Genehmigung von Geschäften eines Stellvertreters durch den Geschäftsherrn für verbindlich erachtet wird. Hiernach unterscheidet das Obertribunal zwei Fälle: 1) Auf Grund einer bloß mündlichen Vollmacht hat Jemand ein Geschäft für einen Anderen abgeschlossen, dasselbe aber mit eigenem Namen unterschrieben. Hier soll die nachträgliche, mündliche Genehmigung des Geschäftsherrn genügen. 2) Auf Grund der mündlichen Vollmacht hat der Bevollmächtigte den Namen des Geschäftsherrn unter die Urkunde gesetzt und dieser hernach eine mündliche Genehmigung ertheilt. Dies soll nicht hinreichen, weil das Unterzeichnen mit dem eigenen Namen an die Person gebunden sei und durch den Bevollmächtigten nicht geschehen dürfe, so daß es sich hier um einen Formmangel des Hauptgeschäfts handle. Plenarbeschluß vom 4. December 1854, Präj. n. 2585, Entsch. Bd. 29 S. 293 ff. Gegen die hier zu Grunde liegende Anschauung hat sich aber mit Recht erklärt R. O. H. G. Bd. 5 S. 263 ff. Die mündliche Genehmigung muß genügen. So auch R. G. Bd. 4 S. 307 ff.

12) Bei Handelsgeschäften reicht mündliche Vollmacht hin, H. G. B. Art. 52. 298. Ist daher ein Wechsel auch nur im mündlichen Auftrage des Ausstellers oder Indossanten unterschrieben, so genügt dies, wenn es sich um ein Handelsgeschäft handelt.

1) Die landrechtlichen Bestimmungen über die Schriftlichkeit sind zunächst veranlaßt durch die Absicht, weitläufige und schwierige Beweisaufnahmen abzuschneiden. Vgl. oben § 95 a. A. Dies geht insbesondere hervor aus den Worten des Edikts von 1770: „Die Erfahrung zeigt, daß unserer Absicht in den aus Kontrakten und Verträgen entstehenden Prozessen nicht geringe Hinderniß dadurch in den Weg gelegt wird, daß die Parteien nichts Schriftliches abfassen und Beweis durch Zeugen geführt wird, die Zeugen aber gemeiniglich weder die vorhergegangen Unterhandlungen von dem Kontrakte selbst zu unterscheiden, noch sich der dabei vorgefallenen Worte genau zu erinnern wissen.“ Ein

Doch ist das Geschäft keineswegs nichtig, vielmehr besteht eine natürliche Verbindlichkeit, welche in doppelter Art zur vollen Wirksamkeit gelangen kann.

a) durch schriftliche oder gerichtliche Anerkennung Seitens des sich Verpflichtenden.[2 3 4] Eine derartige Anerkennung wird unter Anderem gesehen in der vom Schuldner vollzogenen Unterschrift einer Rechnung über gelieferte Waaren oder Arbeiten.[5] Ferner liegt in der Klage auf Erfüllung der Gegenleistung aus einem zweiseitigen mündlichen Geschäfte für den Kläger Anerkennung seiner Verbindungskraft, und ebenso ist eine solche in der schriftlichen außergerichtlichen Aufforderung an den andern Theil zur Erfüllung des Geschäftes zu sehen.[6]

b) Wirksamkeit gewinnt das mündliche Geschäft ferner durch Erfüllung, d. h. durch thatsächliche, der Vereinbarung entsprechende Leistungen.[7]

Die Auflassung eines Grundstücks insbesondere heilt die Mängel der Form des zu Grunde liegenden Geschäftes.[8] Hiernach wird durch dieselbe das mündlich geschlossene Geschäft beiderseitig klagbar. Von dieser Ausnahmebestimmung abgesehen ist zu unterscheiden:

1. Ein zweiseitiges mündliches Geschäft über bewegliche Sachen ist nur von einer Seite erfüllt. Die Leistung ist dann an sich rechtsgültig;

---

weiterer Zweck war, Uebereilung und Mißverständnisse zu verhüten. Jedenfalls geht die Vorschrift des Gesetzes über die Rücksicht der erleichterten Beweisbarkeit der Geschäfte hinaus und macht deren Klagbarkeit schlechthin von Beobachtung der Form abhängig, L. R. I, 5 §§155. 168. Daher denn das mündliche Geschäft auch dann nicht klagbar ist, wenn durch gerichtliches Geständniß des Beklagten die Thatsache des mündlichen Abschlusses feststeht. Koch Recht der Forderungen Bd. 2 S. 166.

2) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 914.

3) L. R. I, 5 § 185, nicht aber durch eine bloße Beurkundung der Thatsache des Abschlusses, oben § 81 Anm. 9.

4) Anerkenntniß in einem Briefe steht dem gleich.

5) L. R. I, 5 § 152. Darüber, daß die Anerkennung zurückwirkt vgl. oben § 81 Anm. 12. Unrichtigerweise führt noch jetzt Eccius Bd. 1 S. 201 Anm. 28 aus: „Nur bezüglich der obligatorischen Wirkungen kann von Rückziehung die Rede sein. Das schriftliche Anerkenntniß einer bereits früher unwirksam mündlich geschehenen Cession bringt die Forderung ex nunc nicht ex tunc in das Eigenthum des Cessionars, was wegen der Kompensation und des Konkurses von Wichtigkeit ist." Die Forderung gilt ex tunc als übertragen, die Zinsen der Zwischenzeit gehören dem Cessionar, sofern sie noch rückständig sind. Aber Rechte Dritter werden durch die Rückwirkung nicht berührt, oben § 81 bei Anm. 13.

6) Vgl. Präj. des O. Trib. 1046. R. O. H. G. Bd. 12 S. 54.

7) Bloße Erklärung, für einen Anspruch befriedigt zu sein, gilt nicht als Erfüllung. R. G. Bd. 6 S. 253. Es bedarf selbständiger dem Vertrag nachfolgender realer Leistungen, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 679.

8) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 § 10. Es gilt dies auch in dem Fall, daß der niedergeschriebene Preis simulirt war und mit dem mündlich vereinbarten nicht übereinstimmte. Durch die Auflassung wird das Geschäft rückwärts hin gültig, vgl. Behrend bei Gruchot B. 31 S. 457. Erstreckt sich die Auflassung nur auf einen Theil des Grundstückes, welches einheitlich als Gegenstand des Kaufgeschäftes behandelt war, so wird der Mangel der Form nicht geheilt, Entsch. des O. Trib. Bd. 82 S. 177. Vgl. noch unten § 99 Anm. 2.

insbesondere geht Eigenthum über, wenn dieselbe in einer Uebergabe zum Zweck der Eigenthumsübertragung bestand. Dem Geber steht aber ein zwiefacher Anspruch gegen den Empfänger zu.

a) Er ist befugt,[9] das Geschäft aufzurufen und das seinerseits Geleistete zurückzufordern;[10] hierbei darf er jedoch vom Beklagten, welcher hier die Stellung eines redlichen Besitzers hat, die Sache nur in dem Zustand, in welchem sie sich bei Kundgabe der Absicht der Rückforderung befand, verlangen und verliert die Früchte der Zwischenzeit.

b) Er kann Vergütung für das Geleistete in Anspruch nehmen. Dieser Weg wird regelmäßig eingeschlagen. Allerdings darf der Empfänger dem Anspruch auf Vergütung durch Angebot der Rückgabe des Empfangenen in unverändertem Zustand begegnen; er hat dann aber seinerseits die Stellung eines unrechtfertigen Besitzers.[11] [12]

Die Vergütung, welche der Geber fordert, richtet sich nach dem mündlich verabredeten Werthe, so daß, wenn es zu ihr kommt, der Vertrag in gewisser Beziehung Grundlage wird. In Ermangelung solcher Werthbestimmung tritt Schätzung durch Sachverständige ein. Wenn Seitens des einen Theiles eine Handlung[13] geleistet war, so kann derselbe, da Rückerstattung hier nicht möglich ist, schlechthin Vergütung nach dem mündlich verabredeten Werthe beitreiben; fehlt eine solche Verabredung, so tritt eine Schätzung ein.[14]

---

9) Ueber den Fall eines Verkaufs durch Mehrere siehe R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 704.

10) Nach L. R. I, 5 §§ 161. 162. Der § 161 ist bestritten, indem Manche ihn auf den Fall unvollständiger Erfüllung Seitens des Rückfordernden beziehen. Vgl. Präj. Nr. 436, Koch Recht der Ford. Bd. 2 S. 192, Bornemann Bd. 2 S. 276 u. A. Die Erklärung des Rücktrittes darf bis zur Annahme von der Gegenseite geändert werden, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 880.

11) L. R. I, 5 § 156 ff. Die Rückgabe muß den Geber vollständig in den frühern Stand setzen, wenn sie genügen soll, Präj. 2152. Entscheidet sich der Empfänger für die Rückgabe, so hat er vom Empfangstage an Nutzungen, beziehungsweise Zinsen zu vergüten. Der andere Theil muß nicht alternativ klagen, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 911; er ist aber hierzu befugt und kann alternativ die Verurtheilung zur Rückgabe oder Erfüllung der Gegenleistung verlangen. Durch ein dem entsprechendes Urtheil entsteht nicht eine alternative Obligation im gewöhnlichen Sinne. Der Sieger kann vielmehr nach seinem Belieben Jede der Alternativen zur Vollstreckung bringen, bis der Verurtheilte seinerseits der einen oder der andern Genüge geleistet hat; denn das alternative Urtheil hat nicht den Zweck, das nach dem Gesetz bestehende Rechtsverhältniß umzugestalten. Gruchot Bd. 21 S. 624.

12) Das Verhältniß ist in dieser Hinsicht verschieden von der Ordnung im römischen Recht, wenn ein Theil einen Innominatkontrakt erfüllt hatte. Danach konnte der Leistende nach seiner Wahl mit der condictio ob causam auf Rückgabe oder mit der a. praescriptis verbis auf Erfüllung klagen. War der Beklagte mit der letzteren Klage in Anspruch genommen, so mußte er die versprochene Gegenleistung gewähren und konnte sich durch Rückgabe des Empfangenen nicht befreien.

13) Oder Unterlassung R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 415.

14) L. R. I, 5 § 165, für den Fall theilweiser Leistung der Handlung I, 5 §§ 166. 167. Voraussetzung ist nach Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 273 ff., daß die Vereinbarung der Vergütung vor der Leistung der Handlung erfolgt war. Eine

2. Ist ein mündliches Geschäft über bewegliche Sachen von beiden Seiten vollständig erfüllt, so kann es als abgemacht nicht mehr in Frage gestellt werden.[15] Hierzu genügt, daß den unmittelbar aus dem Vertrag entstehenden Verbindlichkeiten vollständig Genüge geleistet ist.[16] Entspringen aus der etwaigen Mangelhaftigkeit der Leistung weitere, gesetzliche Verbindlichkeiten, z. B. wegen verborgener Fehler oder wegen Entwährung, so sind sie klagbar.[17]

3. Mündliche Geschäfte über Grundstücke werden — von der Auflassung abgesehen — sogar durch beiderseitige Erfüllung nicht unanfechtbar. Vielmehr behalten beide Theile das Recht der Rückforderung des Geleisteten gegen Erstattung des Empfangenen in Folge der Unverbindlichkeit des mündlichen Vertrages. Auf ihre Sondernachfolger geht dieser Anspruch ohne besondere Abtretung nicht über, wenn die Bestellung gegen Entgelt geschah.[18] Die Rückforderung unterliegt der erlöschenden Verjährung; Ersitzung kann ihr nicht entgegengestellt werden.[19]

§ 99. Fortsetzung. Nebenabreden.[1]

Im Fall eines Schriftvertrages soll die Verabredung der Parteien „bloß nach dem mündlichen Kontrakt beurtheilt", also „auf mündliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen werden." Nebenbestimmungen, welche die Modalitäten der Erfüllung betreffen und im Schriftvertrage nicht festgesetzt sind, sollen nach dem Gesetze d. h. den Naturalien des Geschäftes ergänzt werden.[2] [3] Es gilt dies auch für Fälle, in welchen die Schriftlichkeit

---

spätere mündliche Vereinbarung über eine Vergütung gilt als selbständiger Vertrag und hat nicht dieselbe Rechtswirkung, wie wenn die Vergütung ursprünglich vereinbart war.

15) L. R. I, 5 § 146. Dies betrifft auch Geschäfte über nichtimmobiliare Rechte, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 923.

16) War die Erfüllung von der einen Seite eine vollständige, von der andern eine bloß theilweise, so treten dieselben Grundsätze wie bei einseitiger Erfüllung ein. Anders freilich, wenn der Leistende bei Gelegenheit der theilweisen Erfüllung zugleich ein schriftliches Anerkenntniß der ganzen Verbindlichkeit abgegeben hat.

17) R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 923.

18) Dagegen steht dem Sondernachfolger des Bestellers das Recht zu, ein unentgeltlich bestelltes Recht an einem Grundstück wegen des Mangels der Schriftlichkeit aufzurufen, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 913.

19) Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 265, vgl. unten § 296 Anm. 4 u. oben Anm. 9.

1) L. R. I, 5 §§ 127—130, Wienstein bei Gruchot Bd. 7 S. 348 ff., Bd. 16 S. 413.

2) Es gehören hierher insbesondere Verabredungen über Art oder Ort oder Zeit der Erfüllung. L. R. I, 5 § 129. Es ist in solchen Fällen anzunehmen, daß die Parteien sich auf die Redlichkeit des Mitkontrahenten verlassen wollten, ohne der Nebenabrede eine rechtlich bindende und entscheidende Bedeutung beizulegen. Von diesem Standpunkte aus ist zu behaupten, daß mündliche Nebenabreden durch die auf Grund des Geschäftes geleistete Auflassung — oben § 98 bei Anm. 8 — keine Klagbarkeit gewinnen. Dennoch hat R. G. Bd. 2 S. 293 wie das O. Trib. Bd. 81 S. 9 das Gegentheil angenommen, vgl. hiergegen Eccius Bd. 1 § 79 Anm. 86, Behrend bei Gruchot Bd. 31 S. 458, siehe auch Jahrb. des K. G. Bd. 1 S. 285.

an sich kein Erforderniß des Abschlusses gewesen war, vielmehr nur in Folge freiwilligen Entschlusses gewählt wurde. Für die Auslegung des Schriftkontrakts kommen gleichwohl übereinstimmende mündliche Aeußerungen der Parteien in Betracht.[4]

Kann man sich aber auf mündliche Abreden zu dem Nachweise berufen, daß das Niedergeschriebene dem wahren Willen der Parteien, wie er zur Zeit der Vertragsvollziehung bestand, nicht entspricht? Die Rechtsprechung sah sich dahin gedrängt dies zu bejahen. Denkt doch das Gesetz offenbar an ergänzende Abreden, nicht an Abreden, welche mit dem Inhalte der Schrifturkunde in Widerspruch stehen. Durch Bezugnahme auf Abreden letzterer Art begründet man Anfechtung des in der Schrift Zugesagten. Gelingt der Nachweis, so ist das Niedergeschriebene nicht bindend, weil es nicht in der angegebenen Weise gewollt ist; das mündlich Verabredete aber aus dem Grunde wirkungslos, weil ihm die Schriftform fehlt.[5]

2. Eine mit der besprochenen vielfach unrichtigerweise verwechselte Frage ist die, ob zum Nachweise, daß eine schriftliche Vertragsurkunde mit dem Willen der Parteien nicht übereinstimmte, schon der Umstand genügt, daß derselben mündliche Verabredungen vorhergingen, welche dem Inhalte der Schrifturkunde in wesentlichen Punkten widersprechen? Es ist dies keineswegs der Fall, vielmehr ist zunächst zu unterstellen, daß die Parteien die durch ihre Unterschrift bekräftigte Aufzeichnung schließlich im Augenblick der Vertragsvollendung

---

3) Diese landrechtlichen Bestimmungen finden keine Anwendung auf Handelsgeschäfte, welche schriftlich abgeschlossen wurden; denn Art. 317 des H. G. B., nach welchem die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung nicht bedingt ist, bezieht sich auch auf mündliche Nebenverträge.

4) L. R. I, 5 § 130, Striethorst Archiv Bd. 31 S. 301.

5) Dabei kommt es nicht bloß auf den Widerspruch in den objektiv wesentlichen Punkten des Geschäftes an, vielmehr genügt auch der Widerspruch oder das Weglassen hinsichtlich solcher Punkte, die nur subjektiv den Parteien so wesentlich (oben § 77) waren, daß anzunehmen ist, daß sie das ganze Geschäft nicht gewollt hätten, wenn diese Punkte nicht auch zur Ausführung kommen. Vgl. Koch Anm. zu L. R. I, 5 § 128. Beispiele bilden die Weglassung oder Hinzufügung von aufschiebenden oder auch auflösenden Bedingungen, ferner der Vorbehalt des Rücktritts, Abreden über den Gegenstand des Geschäftes, den Preis, den Erlaß oder die Verschärfung der Gewährleistung. Selbst bloße Modalitäten der Leistung, z. B. Abrede sofortiger Baarzahlung, können als subjektiv wesentlich anzusehen sein und unter den hier in Betracht kommenden Voraussetzungen des Irrthums, Betruges u. s. w. zur Anfechtung des Vertrages hinreichen. Jedoch kann die bloße Behauptung einer Partei, daß ihr eine Nebenbestimmung von entscheidendem Gewicht gewesen wäre, allein nicht genügen, vielmehr muß die Erheblichkeit derselben aus der Lage der Verhältnisse unzweideutig hervorgehen. Einen Anhalt können die Regeln geben, welche in Bezug auf den wesentlichen Irrthum aufzustellen sind. Vgl. Plenarbeschluß des O. Trib., Entsch. Bd. 10 S. 259, Präj. n. 1253, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 911.

gewollt haben. Stimmt also deren Inhalt überhaupt nicht, oder nicht vollständig mit den vorhergehenden mündlichen Verhandlungen überein, so ist damit zunächst nichts als eine Veränderung der Absicht der Parteien bewiesen. Wer die Schrift anfechten will, muß mithin Umstände darthun, aus denen erhellt, daß die Abweichung des Inhaltes der Schrift von den vorhergehenden mündlichen Verhandlungen ihren Grund in Betrug, oder in Irrthum, oder in Simulation oder in gleichstehenden Umständen habe, daß demnach im Augenblick des Vertragsschlusses das Niedergeschriebene nicht gewollt war.[6]

§ 100. Beweis des schriftlichen Geschäftes.

1. Auch wo schriftliche Errichtung die Klagbarkeit des Rechtsgeschäftes bedingt, ist die Schrifturkunde nicht das einzig zulässige Beweismittel für den Inhalt des Geschäftes. Vielmehr kann, was im Vertrage unleserlich geschrieben oder undeutlich ausgedrückt ist, auf andere Weise ermittelt werden.[1] Es sind ferner, wenn die das Geschäft vollziehende Urkunde verloren ging, alle anderen Beweismittel zur Feststellung seines Inhaltes zuzulassen.[2]

2. Die Urkunde über das Rechtsgeschäft gehört diesem zu; sie ist den Betheiligten in dem Sinne gemeinschaftlich, daß sie deren Einsicht fordern dürfen. Jede Prozeßpartei kann vom Gegner zu diesem Zweck deren Vorlegung beanspruchen.[3]

Schon gemeinrechtlich war streitig, wie der Inhalt vom Gegner widerrechtlich vorenthaltener, insbesondere absichtlich zerstörter Urkunden festzustellen sei. Die herrschende Ansicht nahm an, daß der vom Beweisführer angegebene Inhalt einer Urkunde ohne Weiteres als wahr anzunehmen sei, sobald er den Verlust derselben durch Arglist des Prozeßgegners erwiesen habe.[4] Viele gemeinrechtliche Schriftsteller hingegen forderten, hiervon abweichend, einen Erfüllungseid des Beweisführers zur Bestärkung seiner Angabe über den Inhalt der verlorenen Urkunde. Die Streitfrage war in das preußische Recht übergegangen, da zwar das Landrecht die einfache Angabe des Beweisführers bis zum Beweise des Gegentheils für genügend hielt, die Gerichtsordnung hingegen eidliche Bekräftigung Seitens des Beweisführers ver-

6) R. O. H. G. Bd. 10 S. 102, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 901 und Bd. 31 S. 905. Das Obertribunal hatte nicht so scharf unterschieden, vgl. Entsch. Bd. 46 S. 32.

1) L. R. I, 5 § 130.

2) L. R. I, 5 § 169.

3) R. C. P. O. § 387. Vgl. Goldschmidt über Editionspflicht in s. Zeitschrift Bd. 29 S. 341, Kohler im Archiv f. c. Pr. Bd. 79 n. 1.

4) Man stützte sich auf l. 20 C. de prob. 4, 19, welche jedoch nichts beweist, ferner auf l. 2 § 1 D. de jur. fisci 49, 14. Ueber die Streitfrage vgl. Briegleb Abhandl. (1868) Bd. 1 S. 96 ff.

langte.[5] Nach der Reichscivilprozeßordnung ist es dem Ermessen des Richters anheimgestellt, inwieweit er, wenn eine Partei eine Urkunde in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder untauglich gemacht hat, die Behauptung des Gegners über deren Inhalt und Beschaffenheit als richtig ansieht. Bringt derselbe aber eine „Abschrift", so gilt sie ohne weiteres als richtig.[6] [7]

§ 101. Aufhebung schriftlicher Verträge.[1]

1. Die Aufhebung eines schriftlichen Vertrages durch Willenseinigung bedarf der Schriftlichkeit,[2] ohne Rücksicht darauf, ob der Vertrag gesetzlich an die Schriftform geknüpft war oder nicht.[3] Mündliche Verträge können mündlich aufgehoben werden.

2. Ist indessen der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt, so genügt Beseitigung der Schrifturkunde, um das schriftliche Geschäft durch Willenseinigung aufzuheben. Zwar fordert das Landrecht seinem Wortlaute nach „Kassation" des Instrumentes, richtiger Ansicht nach steht jedoch jede Art absichtlicher Vernichtung, ja bloße Rückgabe der Urkunde in der Ab=

5) L. R. I, 5 § 170 bestimmt: „Hat einer der Kontrahenten den Verlust oder die Vernichtung des Instrumentes vorsätzlich veranlaßt, so wird die Angabe des Anderen von dem Inhalte solange für richtig angenommen, bis das Gegentheil klar erwiesen ist"; vgl. ferner A. G. O. I, 10 § 100, dagegen A. G. O. I, 10 § 120: „wenn eine Partei Urkunden vorsätzlich abhanden bringt, zerreißt oder auf andere Weise unleserlich macht", so soll ihr Gegner zur eidlichen Bestärkung des Inhaltes gelassen werden. Trotz des offenbaren Widerspruches glaubte man vielfach die Antinomie leugnen zu müssen; die Vereinigungsversuche siehe bei Rönne zu L. R. I, 5 § 170.

6) R. C. P. O. § 409, vgl. § 392 daselbst. Es macht keinen Unterschied, ob die Beseitigung vor oder während des Prozesses geschah. „Daß eine „Abschrift" beigebracht sei, muß erwiesen sein, damit die bezügliche Bestimmung eintrete. Der Gegenbeweis der Ungenauigkeit ist aber ausgeschlossen. Es liegt eine Art Privatstrafe des Abhandenbringens vor.

7) H. G. B. Art. 37 Satz 2 ist durch Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 13 Ziff. 2 aufgehoben.

1) L. R. I, 5 § 385 ff., Gruchot Bd. 3 S. 140—147.

2) Dieselbe kann in einem neuen schriftlichen Vertrage liegen, welcher, wie sich aus seinem Inhalte ergiebt, dazu bestimmt ist, an die Stelle des früher errichteten zu treten. l. 72 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Paulus notat, si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et novam emtionem intercessisse videri. — Hat der eine Theil schriftlich erklärt, daß er von dem Vertrage zurücktrete und der Andere diese Erklärung nur mündlich oder stillschweigend angenommen, so kann der Erstere allerdings aus dem Vertrage zunächst keine Ansprüche mehr auf Erfüllung begründen, während er gebunden bleibt (Bornemann Erört. Heft 1 S. 179), wohl aber kann er, arg. L. R. I, 5 § 13, dem Gegentheil eine Frist bestimmen, binnen deren sich dieser schriftlich über seine Zustimmung zum Rücktritt erklären muß, widrigenfalls das Geschäft bestehen bleibt.

3) Ausdrücklich ist freilich nicht bestimmt, daß die Aufhebung eines schriftlichen Vertrages, der mündlich hätte geschlossen werden können, Schriftlichkeit resp. Kassation des Instrumentes fordert, wohl aber entspricht dies dem Systeme des Landrechts arg. I, 5 § 127. I, 11 § 394. Dagegen Koch Recht der Ford. Bd. 2 S. 500. Ist aber ein Handelsgeschäft schriftlich geschlossen, so kann der Rücktritt auch mündlich erfolgen; vgl. oben § 96 Anm. 17.

14*

sicht ihrer Entkräftung der eigentlichen Kassation gleich, da es nur auf eine plastische Aeußerung des Willens ankommt, den Vertrag aufzuheben.[4] Natürlich genügt auch die Kassation einzelner Stellen der Urkunde, falls die Parteien lediglich deren Beseitigung wollen.[5]

3. Mußte der Abschluß des Geschäfts gerichtlich sein, so muß auch seine Aufhebung gerichtlich sein.[6]

§ 102. Gerichtliche, notarielle, öffentliche Urkunden.[1]

Die Gerichte sind in Preußen gemäß deutschen Herkommens nicht bloß für die Entscheidung streitiger Angelegenheiten bestimmt. Sie sind auch zur Verwaltung der „freiwilligen Gerichtsbarkeit" berufen.

Von bestimmten Sachen abgesehen sind hierfür die Amtsgerichte zuständig.[2 3 4]

Die Gerichtlichkeit besteht in der Regel in Beurkundung der Parteierklärungen.

---

4) Verwandt sind die Bestimmungen des römischen prätorischen Rechtes über Aufhebung eines Testamentes durch dessen Zerstörung. Im Falle, daß mehrere Hauptexemplare des Vertrages errichtet sind, streitet man, ob die Vernichtung aller Exemplare erforderlich sei, wie dies u. A. Koch Recht der Ford. Bd. 2 S. 500 behauptet, oder ob die Vernichtung eines Exemplars genügt, wie Bornemann Bd. 2 S. 363 annimmt. Hierüber sind die Bestimmungen der l. 4 D. in his, quae in test. 28, 4 zu vergleichen. Es ergiebt sich hier, daß Papinian Vernichtung sämmtlicher Exemplare eines Testamentes zu dessen Aufhebung forderte; praesertim quum ex caeteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, daß aber Paulus von mehr idealistischem Standpunkte aus für genügend hielt: si ut intestatus moreretur, incidit tabulas. Und dieser letzteren Auffassung werden wir uns anschließen, vgl. R. G. Bd. 14 S. 184.

5) Bei Verträgen über Handlungen ist gemäß L. R. I, 5 § 408, auch wenn sie schriftlich sind, formloser Rücktritt gestattet R. G. Bd. 26 S. 319.

6) L. R. I, 5 § 389.

1) L. R. II, 17 § 48 ff. A. G. O. zweiter Theil. Preußisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878. Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845, Novelle zur R. G. vom 8. März 1880 und Novelle vom 15. Juli 1890, in Kraft getreten 1. Oktober desselben Jahres. Vgl. Jastrow Dr. Kochs Formularbuch 2. Aufl. 1891.

2) Nach dem Ausführungsgesetz zum G. V. G. § 26 sind die Amtsgerichte für die Sachen zuständig, welche bis zum Inkrafttreten der neuen Organisation durch Einzelrichter zu erledigen waren, worüber § 22 der Verordnung vom 2. Januar 1849 bestimmt und wohin namentlich die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören. Auch die bisher den Kollegialgerichten erster Instanz zustehenden Verlassenschaftssachen und die Vollziehung und Bestätigung von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind nach dem Ausführungsgesetz auf die Amtsgerichte übergegangen. Der privilegirte Gerichtsstand der früher reichsständigen Familien wurde jedoch nach § 27 des Ausführungsgesetzes nicht berührt. Die Oberlandesgerichte haben bestimmte Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; sie sind insbesondere für Familienfideikommißsachen berufen, Gesetz vom 5. März 1855, Ausführungsgesetz zum G. V. G. § 49.

3) Die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters wird nicht dadurch berührt, daß die Handlung nach der Geschäftsvertheilung von einem anderen Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre. Dies bestimmt allgemein Ausführungsgesetz zum G. V. G. § 23 Abs. 2. Nach früherem Recht erlitt der Satz eine Ausnahme bei Testamenten. — Auch der noch nicht eidlich verpflichtete Richter vollzieht richterliche Handlungen gültig, da man Richter durch die Anstellung, nicht durch die Eidesleistung wird; vgl. unten Bd. 2 § 198 zu 2.

Ist den Parteien die Bekennung zu dem Inhalt eines Geschäftes bei Gericht vorgeschrieben, so bezeichnet man die Form als Verlautbarung.[5]

In einzelnen Fällen ist die Prüfung und Bestätigung von Geschäften durch das Gericht erfordert, z. B. bei Familienstiftungen, Familienfideikommissen, Annahme an Kindesstatt.[6]

Die Bestätigung hat nach allgemeinen Grundsätzen rückwirkende Kraft. Stirbt also der annehmende Vater nach Vollzug des Adoptionsvertrags, aber vor der Bestätigung, so ist die Kindesannahme eine rechtswirksame.[7]

In der Regel ist jedes mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betraute Gericht zur Aufnahme von Rechtsgeschäften ohne Einschränkung der örtlichen Zuständigkeit befugt. In einigen Fällen aber sind nur bestimmte Gerichte zuständig. Insbesondere ist das Gericht der belegenen Sache ausschließlich berufen für Uebereignung von Grundstücken durch Auflassung und für alle Eintragungen in das Grundbuch. Vor den persönlichen Richter des Hauptbetheiligten gehören ausschließlich Annahme an Kindesstatt, Entlassung aus der väterlichen Gewalt, Erbverträge der Kinder mit ihren Eltern, wodurch sie sich der Rechte auf ihren Pflichttheil begeben, und Verlautbarung von Familienstiftungen und Familienfideikommissen.[8]

Die gerichtliche und notarielle Form sind in Einzelheiten verschieden, wobei Zufall und Willkür ihre Rolle spielen, da die einschlagenden Bestimmungen verschiedenen Gesetzen und Zeiten ihre Entstehung danken.

Referendarien können nach zweijähriger Beschäftigung mit einzelnen gerichtlichen Geschäften — namentlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit — betraut werden, jedoch nicht mit der Aufnahme letztwilliger Verfügungen, Ausführungsgesetz zum G. V. G. § 2.

4) Für die Zugehörigen derjenigen Truppentheile, welche sich im Auslande befinden oder nach der Mobilmachung ihre Standquartiere verlassen haben, sind deren Auditeure zu Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit legitimirt nach dem Gesetz vom 8. Juni 1860, welches das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 39 aufrecht erhalten hat. Der § 3 des Gesetzes vom 8. Juni 1860 ist modificirt durch das Preußische Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 111. Ueber militärische Testamente siehe Reichsmilitärgesetz § 44 und unten Bd. 3 § 114.

5) Vgl. Gesetz vom 23. April 1821 § 1.

6) L. R. II, 4 §§ 29. 62 unten § 375 bei Anm. 9. — L. R. II, 2 § 667. Die für gewisse Geschäfte provinzialrechtlich nöthige Bestätigung hob auf Gesetz vom 23. April 1821.

7) So auch Entsch. d. Kam. G. Bd. 9 S. 64. — Ueber Bestätigung L. R. I, 5 § 200. Der Satz des Textes ist wohl als selbstverständlich nicht ausgesprochen. Vgl. Bd. 2 § 59 bei Anm. 1. Daß sich die Bestätigung salvo jure tertii versteht, ist gleichfalls zweifellos.

8) Vgl. L. R. II, 2 § 667 — Adoption — L. R. II, 2 §§ 216. 217 — Emancipation — L. R. II, 2 § 484 — Erbverträge über Pflichttheil — L. R. II, 4 § 29 ff., § 46 ff., § 63. Der persönliche Richter muß nicht mitwirken bei Einkindschaften — Anhang § 147 zu L. R. II, 17 § 58 — und Verträgen über Gütergemeinschaft unter Ehegatten, Gesetz vom 20. März 1837 § 2. Ueber Familienfideikommisse vgl. das Gesetz über die Kompetenz in Familienfideikommissen vom 5. März 1855, nach dessen § 3 die Verlautbarung von Grundstücksfideikommissen vor dem Richter der belegenen Sache nicht mehr stattfindet.

Gemeinsam ist, daß über die Verhandlung ein Protokoll aufzunehmen ist, welches von den Parteien[9] und dem instrumentirenden Beamten unterschrieben sein muß. Zur Rechtsgültigkeit der notariellen Urkunde ist auch deren Verlesung nöthig, bei der richterlichen ist sie nicht wesentlich. Gerichtliche Verhandlungen bedürfen keinen Instrumentszeugen, nur bei letztwilligen Verfügungen ist die Zuziehung des Gerichtsschreibers nöthig. Notarielle Verhandlungen verlangten bis zum 1. Oktober 1890 der Zuziehung zweier Instrumentszeugen oder eines zweiten Notars. Jetzt ist dieselbe nur erforderlich, wenn die Partei blind, taub oder stumm ist, sowie beim Widerruf gerichtlicher Vermächtnisse.[10] Bei gerichtlichen Verhandlungen mit Schreibensunkundigen ist, falls nicht die Verhandlung unter Zuziehung eines Gerichtsschreibers oder zweier Gerichtsschöppen, beziehungsweise eines vereideten Dolmetschers erfolgt, behufs der Unterschrift ein Beistand zuzuziehen,[11] welcher auch ein Familienangehöriger sein kann, bei notariellen Verhandlungen ist statt dessen ein Instrumentszeuge zuzuziehen, welcher aber ein naher Familienangehöriger nicht sein darf.

Die Urschrift des gerichtlich oder notariell errichteten Geschäftes bleibt bei Gericht oder Notar, so daß die Parteien nur Ausfertigungen erhalten.

Richter und Notare sind befugt Unterschriften oder Handzeichen zu beglaubigen. Es bedarf hierzu nicht der Aufnahme eines Protokolls, Eintragung im Register des Notars ist aber vorgeschrieben.

Im Ausland haben deutsche Konsuln Notariatsbefugniß. Soweit sie Gerichtsbarkeit haben, können sie auch nach denselben Regeln wie preußische Amtsrichter gerichtliche Urkunden aufnehmen.[12]

2. Die gerichtlichen und die notariellen Urkunden fallen unter den allgemeinen Begriff der öffentlichen Urkunden. Es sind dies Urkunden, welche von öffentlichen Behörden oder von öffentlichen Urkundspersonen innerhalb des ihnen zugeschriebenen Geschäftskreises unter Beobachtung der wesentlichen gesetzlichen Formen aufgenommen sind.[13] Zu solchen Behörden gehören die des Reiches und Staates, ferner kommunale, insbesondere die Dorfgerichte,

---

9) R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 967.

10) Novelle vom 15. Juli 1890 § 4 und unten Bd. 3 § 171 bei Anm. 14.

11) Anhang § 5 zu A. L. R. I, 5 § 178, Anhang §§ 72, 68 zu A. G. O. I, 10 § 19, Kab. Ordre vom 20. Juni 1816 und vom 8. Okt. 1837. Dies gilt selbst, wenn der Betheiligte seine Schreibunkunde absichtlich verheimlicht hat, unbeschadet etwaiger Ansprüche wegen seiner Arglist. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 658. — Vgl. ferner § 103 Anm. 2.

12) Die Beurkundungen der deutschen Konsuln müssen, um die Kraft notarieller Urkunden zu haben, unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet sein; siehe Näheres im Reichsgesetze, betreffend die Organisation der Konsulate vom 8. Novbr. 1867 § 13 ff., insbesondere § 17. Vgl. ferner Jastrow a. a. O. S. 93.

13) R. C. P. O. § 380 und ähnlich früher A. G. O. I, 10 § 127.

welche einen erheblichen Antheil an der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben,[14] endlich auch Vorstände der öffentlichen Korporationen, wie Gemeindekirchenräthe, Schulvorstände und die Vorsteher der mit öffentlichen Funktionen betrauten Stiftungen, ferner der Vorstand und das Ehrengericht der Anwaltskammer, sowie Schiedsmänner.[15]

Oeffentliche Urkunden begründen vollen Beweis des in ihnen beurkundeten Vorganges, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind. Es bezieht sich dies wie auf die Abgabe der Erklärung selbst, so auf die Identität der Person des Erklärenden, seine geistige Fähigkeit, Ort und Zeit der Erklärung. Es ist aber der Gegenbeweis schlechthin zulässig, ohne daß der Nachweis des Irrthums der Urkundsperson besonders zu erbringen ist. Inwiefern äußere Mängel der Urkunde z. B. Radirungen, Einschaltungen ihre Beweiskraft aufheben, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung. Auch wenn die Erklärung durch die öffentliche Urkunde voll bewiesen ist, erhält sie selbstverständlich keinen höhern Werth, als ihr an sich zukommt.[16] Die Verbindungskraft einer solchen Erklärung kann daher mittels des Nachweises der Simulation, ferner des Irrthums, Betrugs oder des Mangels der Verfügungsfähigkeit des Erklärenden abgelehnt werden.

3. Urkunden, welche von deutschen Gerichten oder deutschen Notaren innerhalb der amtlichen Zuständigkeit in vorgeschriebener Form aufgenommen sind und einen Anspruch auf eine bestimmte Summe von vertretbaren Sachen oder Werthpapieren begründen, sind vollstreckbar, wenn sich der Schuldner darin der sofortigen Vollstreckbarkeit

14) Die Dorfgerichte bestehen aus dem Schulzen und mindestens 2 Schöppen, L. R. II, 7 § 73 ff. Zuzuziehen ist ein Gerichtschreiber — vereideter Protokollführer — vgl. L. R. I, 12 § 93, unten Bd. 3 § 10 Anm. 12. Die bezüglichen Bestimmungen hat die Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 § 146 erhalten.

15) Oeffentlich angestellte Handelsmakler haben öffentlichen Glauben nicht mehr. H. G. B. Art. 77 ff. sind durch Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 13 Ziff. 2 aufgehoben.

16) R. C. P. O. §§ 380. 384. In ähnlicher Weise interpretirte die Praxis in Gemäßheit richtiger allgemeiner Grundsätze die nicht unzweideutigen Worte der A. G. O. I, 10 § 126. Die R. C. P. O. §§ 382. 383 hebt übrigens außer den öffentlichen Urkunden über Parteierklärungen noch zwei andere Kategorien hervor, bezüglich deren sie sich weniger folgerecht ausspricht. Sie unterscheidet a) die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden; sie begründen, die Echtheit vorausgesetzt, den vollen Beweis ihres Inhaltes ohne Zulassung eines Gegenbeweises; b) öffentliche Urkunden, welche einen anderen als den §§ 380 und 382 bezeichneten Inhalt haben und auch nicht Parteierklärungen beurkunden, sollen vollen Beweis liefern sowohl, wenn sie auf eigener Wahrnehmung beruhen, als auch, wenn sich aus Reichs- oder Landesgesetzen ergiebt, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von eigener Wahrnehmung unabhängig sein soll. Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist in diesem Fall zulässig, soweit nicht besondere Reichs- oder Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

ausdrücklich unterworfen hat.[17] Die bestimmte Bezeichnung der Art der vertretbaren Sachen und Werthpapiere ist selbstverständlich erfordert. Zulässig ist, daß sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung von einem gewissen Termine ab oder nach vorgängiger Kündigung, oder für den Fall nicht rechtzeitiger Zinszahlung unterwirft. Gegenüber Sondernachfolgern des Schuldners kann auf Grund seiner Unterwerfung die Zwangsvollstreckungsklausel nicht ertheilt werden.[18 19]

§ 103. Nothwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Abfassung.

Gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird gesetzlich gefordert theils wegen der Persönlichkeit der Geschäftschließenden, theils wegen der Besonderheit des Geschäftes.

1. Nur den Schreibenskundigen steht die Schrift zum Abschlusse ihrer Verträge offen. Der Analphabet[1] ist, wo der Schreibkundige einen Vertrag[2] schriftlich errichten muß, zu gerichtlicher oder notarieller Aufnahme desselben gehalten.[3] Bei schreibunkundigen gemeinen Landleuten

---

17) R. C. P. O. § 702 unter Ziff. 5. Nach mittelalterlich italienischen Statuten hatten Schuldgeständnisse, welche außerhalb eines Prozesses vor Richter oder Notar abgegeben waren, die Kraft rechtskräftiger Urtheile, wenn sie vom Richter oder Notar mit einem praeceptum de solvendo executivum versehen waren, s.g. instrumentum guarentigatum, Briegleb, über exekutorische Urkunden und Urkundenprozeß Th. I, S. 35 ff. Dies ging in das französische Recht über, so daß aber nach dem code de proc. art. 547 die notariellen Urkunden auch ohne besondere Exekutivklausel exekutorisch wurden. Das Reichsrecht ist zu den guarentigirten Urkunden zurückgekehrt, doch findet sich nicht sowohl ein richterlicher oder notarieller Zahlungsbefehl vorausgesetzt, als die Erklärung des Schuldners, sich sofortiger Vollstreckbarkeit zu unterwerfen.

18) Gegen die entgegengesetzte Ansicht von Kurlbaum Subhastationsordnung S. 20 ff., Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 525 vgl. Hinrichs Studien 1883 S. 36. Entsch. des R. G. Bd. 8 S. 87 verwirft die Eintragbarkeit der Unterwerfung des Hypothekenschuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung ins Grundbuch.

19) Aus vollstreckbaren Urkunden kann nach dem Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien von 1883 § 6 nicht unmittelbar eine Hypothek, sondern nur eine Vormerkung eingetragen werden, um dem Schuldner die Einreden nach R. C. P. O. § 705 Abs. 4 auch gegen Dritterwerber zu wahren. Vgl. unten § 204.

1) Wer ist Analphabet? Man muß wenigstens seinen Namen in Buchstaben schreiben und mit regelmäßigen Schriftzügen Geschriebenes vollständig lesen können, um Schreibkundiger zu sein. Anh. § 72 zu A. G. O. I, 10 § 19. Der Mitkontrahent kann einen Einwand nicht daraus entnehmen, daß der andere Theil Analphabet ist, O. Trib. Bd. 4 S. 214.

2) Ueber den Fall, wenn der Analphabet nicht einmal ein Handzeichen beizufügen vermag vgl. L. R. I, 5 § 172 und Gesetz vom 15. Juli 1890 § 6.

3) L. R. I, 5 § 172 ging wohl von der Ansicht aus, daß alle Willenserklärungen, und namentlich auch Konsense, die von Anderen schriftlich abgegeben werden müßten, von Analphabeten gerichtlich abzufassen wären. Da aber das Gesetz nur von Kontrakten spricht und die gerichtliche Form sehr lästig erschien, blieb man beim Worte des Gesetzes stehen und nahm die Nothwendigkeit der gerichtlichen oder notariellen Willenserklärungen der Analphabeten nur bei Kontrakten an. Für den Zutritt zu einer eingeschriebenen Hülfskasse genügt die Beglaubigung des Handzeichens durch ein Mitglied des Vorstandes. Reichsgesetz vom 7. April 1876 § 6. Soweit Ur=

genügt jedoch die Errichtung vor dem Dorfgerichte.[4] Die gleiche Nothwendigkeit trifft Personen, welche der Sprache der Urkunde nicht mächtig[5] oder zufällig am Lesen und Schreiben verhindert sind.[6]

Mehr noch sind Blinde, Taubstumme und schreibens- und lesensunkundige Stumme, welche sich höchstens durch Zeichen äußern könnten, beschränkt, da deren schriftliche Verträge gerichtlicher Aufnahme zur Geltung bedürfen.[7]

2. Theils die altgermanische Ueberlieferung richterlicher Beurkundung wichtiger Geschäfte, theils das Streben, die Bevölkerung gegen Uebervortheilung zu schützen, bestimmte das Landrecht, für eine große Anzahl von Geschäften gerichtliche oder notarielle Errichtung oder wenigstens Beglaubigung zu fordern.[8] [9] Bei nicht wenigen, zum Theil wichtigen Verträgen wurde die

---

kunden nur als Beweismittel dienen, sind die für Kontrakte vorgeschriebenen Formen natürlich nicht anzuwenden.

4) L. R. I, 5 § 173.

5) L. R. I, 5 § 179. Ueber Errichtung von Urkunden, bei denen Personen betheiligt sind, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, bestimmt das Gesetz vom 28. August 1876, betreffend die Geschäftssprache der Behörden unter Aufhebung der Bestimmungen von L. R. I, 5 § 180—183.

6) L. R. I, 5 § 172.

7) L. R. I, 5 § 171. Auch bedarf es eines Beistandes nach A. G. O. II, 3 §§ 7. 8. Dies gilt Alles auch für Wechsel, R. O. H. G. Bd. 17 S. 283, da die Wechselfähigkeit durch die Fähigkeit Verträge zu schließen bedingt ist, vgl. unten Bd. 2 § 256 Anm. 11. Ueber die Mitwirkung bei Generalversammlungsbeschlüssen vgl. R. G. Bd. 25 S. 201.

8) Gerichtlichkeit fordern namentlich Geschäfte des Familienrechtes. Es gehört hierher noch die Nothwendigkeit gerichtlicher Bestätigung der Kindesannahme L. R. II, 2 § 667, Verordnung vom 2. Januar 1849 § 14, der Ehe zur linken Hand L. R. II, 1 § 858, falls man letztere noch für zulässig erachtet, vgl. unten Bd. 3 § 3 Anm. 16, die Gerichtlichkeit der Einkindschaftsverträge L. R. II, 2 § 721, sowie von Vollmachten des Bräutigams zur Vollziehung von Ehegelöbnissen L. R. II, 1 § 87. Weggefallen ist die Großjährigkeitserklärung durch gerichtliche Entlassung des Hauskinds aus der Gewalt nach L. R. II, 2 § 216 in Folge der V. O. vom 5. Juli 1870 §§ 97. 98, und die Legitimation von Brautkindern durch Vertrag nach L. R. II, 2 § 597 durch Gesetz vom 24. April 1854 § 22. Ferner bedarf es der Gerichtlichkeit zu Verträgen, wodurch sich die Ehefrau zu Gunsten ihres Mannes verbindet L. R. II, 1 § 198, vgl. § 209 daselbst, zu Verträgen über Gütergemeinschaft L. R. II, 1 § 356 ff., § 422, Gesetz vom 20. März 1837, zur Sicherung eines Erbschatzes betreffend das vorbehaltene Vermögen der Frau L. R. II, 1 § 282, zu Verträgen über Aenderung des ehelichen Güterrechts, wenn sie nach Eingehung der Ehe geschlossen werden, vgl. unten Bd. 3 § 7 Ziff. 2, zum Verzicht des unschuldigen Ehegatten auf die ihm gesetzlich zukommende Abfindung wegen der Ehescheidung L. R. II, 1 § 824, zu Erbverträgen unter Eheleuten, durch welche die Frau ihre gesetzlichen Anrechte schmälert L. R. II, 1 § 441. Was das Erbrecht anlangt, so bedürfen in der Regel Testamente und Erbverträge der Gerichtlichkeit, L. R. I, 12 §§ 66. 621, gerichtlich muß auch die Vollmacht zur Zurückforderung eines gerichtlich hinterlegten Testamentes sein L. R. I, 12 § 571, Gesetz vom 11. Juli 1845 § 2 unter 6, ferner der Erbverzicht im Fall von L. R. I, 12 § 653, nach § 654, und der Verzicht großjähriger Kinder auf ihre künftigen Pflichttheilsansprüche L. R. II, 2 § 484; gerichtlich hat ferner die Erklärung über Antretung und Entsagung der Erbschaft nach L. R. I, 9 § 392, vgl. dazu § 398 ff., sowie die Entsagung auf die Rechtswohlthat des Inventars zu geschehen L. R. I, 12 § 415. Familienstiftungen bedürfen der Verlautbarung L. R. II, 4 § 29, desgleichen Familienfideikommisse L. R. II, 4 § 62, Gesetz vom 5. März 1855; dies galt

besondere Form durch die nachlandrechtliche Gesetzgebung wieder beseitigt. Dies geschah namentlich für mehrere Geschäfte durch das Gesetz vom 11. Juli 1845,[10] später auch für Intercessionen der Frauen[11] wie für antichretische Verträge.[12]

B. Der Wille.

§ 104. Ernstlichkeit des Willens.[1]

1. Der erklärte Wille muß ein ernster sein. Da aber die Sicherheit des menschlichen Verkehrs auf der Unterstellung beruht, daß, was gegenüber einem Mitkontrahenten als Wille geäußert ist, auch wirklich gemeint und gewollt

---

früher auch für Errichtung von Lehen an Immobilien L. R. I, 18 § 84. Von den vermögensrechtlichen Geschäften unter Lebenden geschehen alle Eintragungen im Grundbuch gerichtlich. Auch ist die Auflassung gerichtlich zu vollziehen. E. G. vom 5. Mai 1872 §§ 1 und 2. Es bedürfen ferner der Gerichtlichkeit Schenkungen jeden Betrages, welche nicht unmittelbar durch Uebergabe vollzogen werden L. R. I, 11 § 1063, Verträge, welche die Verjährung ausschließen oder verlängern sollen L. R. I, 9 § 566, Zinsversprechen über rückständige Zinsen L. R. I, 11 § 820, allgemeine Erwerbsgesellschaften L. R. I, 17 § 78. Auch die Aufhebung gerichtlich geschlossener Verträge fordert Gerichtlichkeit, sofern der gerichtliche Abschluß nothwendig war, L. R. I, 5 § 389, Striethorst Archiv Bd. 25 S. 127, Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 248. Ueber die Gerichtlichkeit der Protestationen vgl. oben § 84. Ueber die Protestation der Miterben gegenüber dem Schuldner, um ihn zu hindern, ihrem im Besitz der Schuldurkunde befindlichen Miterben zu zahlen L. R. I, 17 § 153, siehe unten Bd. 3 § 239 Anm. 7.

9) Gerichtlich oder notariell müssen abgeschlossen sein rechtlich bindende Ehegelöbnisse, Verträge über das eheliche Güterrecht und die Erbfolge der Ehegatten, vgl. unten Bd. 3 § 7 Ziff. 1, soweit nicht in Gemäßheit des in Anm. 7 Hervorgehobenen schlechthin Gerichtlichkeit erfordert ist. Gewisse Arten symbolischer Verpfändung, unten § 354 Anm. 7, ferner Pachtverträge über Landgüter, falls der jährliche Pachtzins 600 Mark übersteigt, sind gerichtlich oder notariell zu errichten L. R. I, 21 § 403, Anhang § 57, A. G. O. II, 1 § 10 Ziff. 3, unten Bd. 2 § 166 Anm. 10. Auch Vollmachten zu gerichtlichen Verhandlungen nicht streitiger Art sind gerichtlich oder notariell auszustellen L. R. I, 13 § 115; das Gleiche gilt für Erhebung von Sachen oder Geldern bei Gericht, Gesetz vom 11. Juli 1845; bezüglich der Zurücknahme von Testamenten siehe Anm. 8. Die Errichtung und Abänderung der Statuten von Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften sowie von freien Wassergenossenschaften muß gerichtlich oder notariell geschehen. Wechselproteste sind gerichtlich oder notariell aufzunehmen. Es genügt aber auch die Aufnahme durch gewisse vom Gesetz bezeichnete Subalternbeamte W. O. Art. 87, vgl. unten Bd. 2 § 254. — Gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung bedürfen die zu einer Eintragung oder Löschung im Grundbuch erforderlichen Anträge und Urkunden, worüber des Näheren G. B. O. § 33.

10) Das Gesetz vom 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte hat die Mitwirkung der Gerichte für nicht erforderlich erklärt bei Altentheils- und Auszugsverträgen (L. R. I, 11 §§ 603. 604), Vergleichen über künftige Verpflegungsgelder (oben § 83 Anm. 8), Erbschaftskäufen (L. R. I, 11 § 473), Verkäufen künftiger Sachen (L. R. I, 11 § 583), Einwilligung zur Versicherung auf das Leben eines Dritten (L. R. II, 8 § 1973).

11) Gesetz vom 1. December 1869, vgl. oben § 48 Anm. 3.

12) Nämlich mittelbar durch die Beseitigung der sogenannten Wuchergesetze mittels des Reichsgesetzes betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867, unten § 339 zu 3 und Bd. 2 § 178.

1) L. R. I, 4 §§ 52—56. Dernburg Pand. Bd. 1 § 99.

war, so wird die sogenannte reservatio mentalis d. h. der bloß innere Vorbehalt, nicht zu wollen, was man äußerlich zu wollen vorgiebt, vom Rechte nicht berücksichtigt.[2]

2. Dagegen sind bloß zum Scherz gethane Aeußerungen unverbindlich. Nur muß die Absicht des Scherzes aus den Umständen erhellen. Selbst dann aber, wenn dies der Fall ist, wird der solchergestalt Scherzende demjenigen, welcher, hierdurch getäuscht, zu Ausgaben veranlaßt wurde, wegen Verschuldung zum Ersatz verpflichtet.[3]

3. Kraftlos sind ferner Erklärungen, welche die Vertragschließenden zwar formgerecht abgeben, bezüglich deren sie aber ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden sind, daß sie keine Verbindlichkeit haben sollen. Es gilt dies z. B. von Bestimmungen in nach gedruckten Formularen vollzogenen Urkunden, welche von den Vertragschließenden vor oder bei der Vollziehung mündlich als nicht gewollt bezeichnet werden.[4] Insbesondere aber sind hiernach nichtig die s. g. simulirten, d. h. einverständlich von den Parteien lediglich zu dem Zweck geschlossene Geschäfte, damit sie Dritten als gewollt erscheinen.[5] Hierbei ist zu beachten:

a) Bezieht sich die Vereinbarung der Nichtgeltung nur auf einzelne Bestimmungen des Geschäftes, so sind nur diese als nicht geschlossen anzusehen, das Geschäft bleibt aber im Uebrigen gültig, wenn sonst über alle wesentlichen Punkte ein bindendes, in gehöriger Form abgegebenes Einverständniß sich findet. Ebenso ist dann, wenn hinter dem Geschäfte ein anderes, dissimulirtes, verborgen ist, dasselbe insoweit wirksam, als die Voraussetzungen seiner Geltung vorhanden sind, so daß also die simulirten, die wahre Absicht verhüllenden Zusätze weder schaden noch nützen.[6]

b) Hat sich auf Grund der simulirten und um deswillen nichtigen Erklärung eine Rechtsveränderung vollzogen, so ist dieselbe, als des Rechtsgrundes entbehrend, anfechtbar. Es gilt dies insbesondere von

---

2) R. G. in Strafsachen Bd. 7 S. 126, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 399.

3) L. R. I, 4 § 56. Ueber solche s. g. culpa in contrahendo vgl. Bd. 2 § 16.

4) Striethorst Archiv Bd. 93 S. 5. Vgl. R. G. bei Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 103. l. 36 D. de V. O. 45, 1.

5) Auch gegenüber öffentlichen Urkunden ist der Nachweis der Simulation zulässig, vgl. oben § 102 zu 2 am Ende. Ob gegenüber einer Eheschließung darüber vgl. unten Bd. 3 § 13.

6) Enthält z. B. die Kaufurkunde einen simulirten Preis, so ist die Sache so anzusehen, als wäre über den Preis in derselben nichts bekundet. Ist nun der wahre Preis schriftlich durch Reverse, Briefwechsel u. s. f. festgestellt, so ist das Geschäft gültig; ist derselbe aber nur mündlich verabredet, so liegt kein schriftliches, sondern nur ein mündliches Geschäft vor, welches, wenn es über 150 Mark beträgt, der Klagbarkeit entbehrt. L. R. I, 11 §§ 71. 321—326. I, 20 § 237. l. 3 C. plus valere quod agitur 4, 22. Ueber ein dissimulirtes Geschäft auch Striethorst Archiv Bd. 97 S. 45 ff.

einer Umschreibung im Grundbuch auf Grund einer simulirten Auflassung,[7] ferner von simulirten gerichtlichen Vergleichen, welche Vollstreckbarkeit erlangten, sowie von richterlichen Entscheidungen auf Grund simulirter Erklärungen vor Gericht.[8]

c) Auch Dritten gegenüber kann man sich auf die Nichtigkeit des simulirten Geschäftes berufen.[9] Jedoch kann dem Scheinveräußerer nicht gestattet werden, die scheinbar veräußerte Sache von solchen Dritten zurückzufordern, welche dieselbe von dem Scheinerwerber durch ein lästiges Rechtsgeschäft in gutem Glauben erworben haben.[10]

d) Umgekehrt können auch Dritte die Nichtigkeit des Geschäftes geltend machen.[11] Von besonderer Bedeutung ist dies, wenn ein Schuldner die ihm gehörigen Gegenstände zum Schein in der Absicht veräußerte, um sie seinen Gläubigern zu entziehen. Die preußische Gesetzgebung gab den benachtheiligten Gläubigern neben dem Recht der Anfechtung solcher Rechtshandlungen ihres Schuldners — der s. g. actio Pauliana — noch eine besondere Anfechtungsklage wegen der Scheingeschäfte ihres Schuldners.[12] Die Reichsgesetzgebung hat dies bei Neugestaltung der Anfechtungsklagen nicht aufgenommen.[13] Die Praxis weiß jedoch den Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Titel hat, auch ohne solche besondere Klage zum Ziele zu führen.[14]

---

7) Das O. Trib. hat Entsch. Bd. 75 S. 22 gefunden, daß im Fall einer simulirten Auflassung der auf Grund derselben als Eigenthümer Eingetragene zur Rückauflassung angehalten werden könne. Vgl. R. G. Bd. 5 S. 287. R. G. bei Gruchot Bd. 24. S. 546.

8) Vgl. oben § 71 zu b. In derartigen Simulationen kann ein strafbarer Betrug liegen. Entsch. des R. G. in Strafsachen Bd. 2 S. 436.

9) Ein Gesellschafter z. B., welcher durch ein simulirtes Geschäft eine Sache erwarb, kann sich, seinen Gesellschaftern gegenüber, welche Einlieferung derselben zur Gesellschaftsmasse verlangen, auf die Simulation berufen.

10) Eben dies muß gelten, wenn Dritte auf Grund simulirter Vollmachten handeln. Unsere Auffassung, wonach dem gutgläubigen Dritten eine exceptio doli gewährt werden muß, hat im Wesentlichen Zustimmung gefunden, siehe Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 128, Hartmann Wort und Wille daselbst Bd. 20 S. 2 ff., Leonhard Irrthum S. 136. — Ueber Entschädigungsansprüche sonst benachtheiligter Dritter L. R. I, 14 § 210 — unten Bd. 2 § 248 Anm. 11 — I, 16 § 109.

11) Ueber simulirte Cessionen vgl. unten Bd. 2 § 85 unter 7.

12) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 103 ff. Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 § 7 ff.

13) R. Konk. Ord. und Reichsgesetz vom 21. Juli 1879.

14) Es sind zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder blieb der Schuldner auch nach Abschluß des Scheingeschäftes in dem Naturalbesitz der zum Schein veräußerten, insbesondere von beweglichen Sachen. Diese Sachen unterliegen dann unmittelbar der Pfändung seiner Gläubiger, sie fallen unmittelbar in die Konkursmasse, wenn der Konkurs über ihn eröffnet wird. Es muß also derjenige, welcher sich auf das Scheingeschäft stützt, mit der Interventionsklage (R. C. P. O. § 690) oder mit der Aussonderungsklage vorgehen, welcher dann die Einrede der Simulation entgegenzustellen ist. Oder es hat der Schuldner Dritten auch den Naturalbesitz seiner beweglichen Sachen übertragen, dann müssen die Gläubiger ihrerseits klageweise gegen diese Dritten vorgehen. Sie können dies durch Feststellungsklagen gegen die Naturalbesitzer, mittels deren sie zur Anerkennung bringen,

§ 105. Beweggrund.[1]

Der Entschluß zu Rechtsgeschäften entspringt zwar aus einer Reihe von Erwägungen und Gedanken, welche zu denselben führten; diese Beweggründe sind aber für die Geltung des Geschäftes ohne Bedeutung und zwar sogar dann, wenn sie bei Gelegenheit der Verhandlungen dem anderen Theile kund gegeben waren, da dieser auf dieselben als für ihn unwesentlich kein Gewicht legen mußte.[2] Beruhten sie also auf Ansichten oder Hoffnungen, mit welchen die Wirklichkeit nicht übereinstimmt, so schadet dies dem Rechtsgeschäfte nicht, welches sich mit seiner Vollziehung gleichsam von seinen Wurzeln losgelöst und ein in sich geschlossenes Dasein erhalten hat.[3]

Dies leidet jedoch bei denjenigen Willenserklärungen eine Ausnahme, welche ausschließlich dem Vortheile eines Anderen dienen sollen. Solche Geschäfte sind anfechtbar, sobald erhellt, daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung war.[4]

2. Von bloßen Bewegungsgründen zu unterscheiden ist der Zweck des Geschäfts, — die causa — welcher einen wesentlichen Bestandtheil des geschlossenen Geschäftes[5] bildet.

daß die Veräußerung an den Beklagten nichtig ist und daß dieser nur für den bezüglichen Schuldner besitze. R. G. Bd. 4 S. 252. Siegen sie hier ob, so steht ihnen die Pfändung frei; sie können ferner geeignetenfalls Herausgabe der bezüglichen Gegenstände zur Konkursmasse fordern. Handelt es sich um Grundstücke, welche auf Grund simulirter Auflassungen Dritten zugeschrieben wurden, so können die Gläubiger des wahren Eigenthümers gleichfalls die Feststellungsklage gegen den als Eigenthümer Eingetragenen richten, durch welche die Simulation und das fortdauernde Eigenthum ihres Schuldners zur Anerkennung gebracht wird. Es steht ihnen dann die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks offen. Die Einleitung derselben auf Grund von Urkunden, welche die Simulation nachweisen, nach § 14 Ziff. 3 des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung vom 13. Juli 1883 — vgl. auch § 139 Abs. 2 desselben — ohne vorgängige Feststellungsklage ist nicht ausgeschlossen. Vgl. Dernburg und Hinrichs Preußisches Hypothekenrecht Bd. 1 S. 317.

1) L. R. I, 4 §§ 145—151. Vgl. Leonhard Irrthum S. 252.

2) Vgl. Bd. 2 § 100 Anm. 10. Wohl können Beweggründe, wenn sie der andern Partei bekannt gemacht waren, einen Anhalt zur Auslegung des Geschäftes geben. L. R. I, 4 § 146.

3) Z. B. der Hypothekengläubiger giebt dem A., dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache, die Bewilligung zur Löschung der Hypothek, weil er von seinem persönlichen Schuldner, dem B., befriedigt sei. Diese Löschungsbewilligung kann nicht um deswillen angefochten werden, weil B. die Schuld in der That nicht getilgt hat. Auf ein ganz anderes Gebiet wird die Sache aber hinübergespielt, wenn der eine Theil den Irrthum, welcher den Gegentheil zum Abschluß bewog, vorsätzlich veranlaßt oder ausgebeutet hat, L. R. I, 4 § 148. Hierin liegt ein Betrug und es müssen daher die über Betrug geltenden Grundsätze zur Geltung kommen.

4) L. R. I, 4 § 150. Ueber Ausdrücklichkeit vgl. oben § 94 Anm. 9 ff. Es ist dies eine Erweiterung der Regel, welche die Römer für die Vermächtnisse aufgestellt haben l. 72 § 6 D. de cond. 35, 1: falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret, sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisse. Vgl. unten Bd. 3 § 127.

C. Der Geschäftsschluß.

§ 106. Vorverhandlungen. Traktate. Punktationen.

Nicht selten wird es zweifelhaft, ob die Parteien bereits zu einem festen Uebereinkommen gelangt sind, oder ob bloß das Geschäft anbahnende, die Verständigung erst anstrebende Erklärungen abgegeben wurden, ohne daß jenes Ziel schon erreicht ist. In Streitfällen dieser Art ist es an sich Sache der richterlichen Beurtheilung, die Tragweite der Parteierklärungen zu bestimmen. Doch sind einige gesetzliche Vermuthungen maßgebend.

1. Haben nämlich die Parteien während der Verhandlungen die schriftliche Errichtung des Geschäftes verabredet, so wird vermuthet, daß sich die Parteien erst mit der Verfertigung der Urkunde binden wollten.[1] [2] Jedoch ist hiermit der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, daß nach der Absicht der Parteien die Beurkundung ausschließlich behufs des Beweises geschehen und den bindenden Abschluß des Geschäfts nicht aufschieben sollte.[3] [4]

2. Die Parteien stehen noch im Stadium der Verhandlung (der sogenannten Traktate) und es ist nichts fertig geworden, wenn zwar Einverständniß über die begrifflich nothwendigen Punkte vorliegt, nicht aber über andere, zwar begrifflich untergeordnete Punkte, welche auch noch geregelt werden sollten.[5] Denn das Geschäft gilt als Einheit, so daß es als Ganzes gewollt und genehmigt wird. Doch können die Parteien auch eine Theilung vor-

---

5) Vgl. oben § 93. Die Römer unterscheiden dies in folgender Weise l. 52 D. de cond. indebiti 12, 6: damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti, quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut etiam si falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Vgl. hiermit die Fassung von L. R. I, 4 § 145.

1) L. R. I, 5 § 117. Eine natürliche Verbindlichkeit, wie sie in anderen Fällen beim Mangel der gesetzlichen Form besteht, entsteht hier vor der Schrifturkunde nicht, weil der bindende Wille vor derselben noch fehlt, daher z. B. ein Pachtvertrag, welcher nach Verabredung der Parteien schriftlich errichtet werden sollte, wenn diese schriftliche Abfassung unterblieben ist, durch die auf Grund der bloßen Traktate bereits erfolgte Uebergabe der Sache an den Pächter auch nicht auf ein Jahr verbindlich wird. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 215.

2) Findet die landrechtliche Vermuthung auch bei Handelsgeschäften statt? Wir werden dies verneinen müssen, da die Vermuthung auf einer Begünstigung der Schriftlichkeit beruht, wie sie dem Handelsgesetzbuche fremd ist, Art. 317, vgl. Art. 278. So auch R. O. H. G. Bd. 7 S. 96.

3) Ebenso Justinian in der l. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21. Ueber das gemeine Recht siehe Regelsberger Erörter. S. 145 ff.

4) Haben die Parteien die wesentlichen Vertragsbestimmungen schriftlich vereinbart, aber notarielle Ausfertigung vorbehalten, so stellt dies im Zweifel den Abschluß des Vertrages nicht in Frage, sondern giebt den Betheiligten nur einen Anspruch auf diese Art der Beurkundung. Entsch. des O. Trib. Bd. 67 S. 64.

5) L. R. I, 5 § 120 ff.

nehmen, und ihr Einverständniß über einzelne zu einem besonderen Geschäfte geeigneten Punkte zu einem rechtlich bindenden machen. Es geschieht dies namentlich durch eine schriftliche, von den Parteien unterschriebene Punktation über die wesentlichen Bestimmungen des Geschäftes.

Haben die Parteien aber noch Einigung über Nebenpunkte vorbehalten, so ist die Verbindungskraft der Punktation von derselben abhängig.[6] Soweit dies nicht der Fall ist, treten bezüglich etwaiger Nebenpunkte diejenigen Regeln ein, welche der betreffenden Geschäftsart im Zweifel eigenthümlich sind.

Aus einer rechtsverbindlichen Punktation kann auf Ausfertigung eines förmlichen Vertrages geklagt werden, desgleichen aber auch unmittelbar auf Erfüllung.[7] Sind Verabredungen, die in der Punktation enthalten waren, im förmlichen Vertrag ganz übergangen, so werden sie im Zweifel für aufgehoben erachtet.[8]

§ 107. Vertragsantrag und Annahme.[1]

Die Willenserklärung der Vertragschließenden vollzieht sich in der Regel dadurch, daß von einer Seite ein Antrag ausgeht, die Offerte, und von der anderen Seite dessen Annahme, die Acceptation, erfolgt.[2] Damit ist der Vertrag geschlossen. Auch der bloße Antrag aber bindet den Antragenden

---

6) L. R. I, 5 § 125. Die Unverbindlichkeit ist nur auf die Zeit zu beziehen, in der die Nebenbedingungen noch nicht formgerecht festgestellt sind; nachher fehlt jeder Grund, der Punktation die Anerkennung zu versagen. — Mündliche Vorbehalte, welche absichtlich in die schriftliche Punktation nicht aufgenommen wurden, sind nach L. R. I, 5 § 127 ff. ohne bindende Kraft. Gruchot Beitr. Bd. 1 S. 352. Anders natürlich, wenn Irrthum, Betrug u. s. f. unterläuft.

7) L. R. I, 5 §§ 121, 122. Die Punktation reicht nicht aus, falls das Gesetz einen notariellen oder gerichtlichen Vertrag zur Verbindungskraft des Geschäftes fordert, da sie nur einen schriftlichen Vertrag vertritt. Eine wichtige, jetzt aufgehobene Ausnahme enthielt aber L. R. I, 10 § 17, oben § 96 Anm. 13.

8) L. R. I, 5 § 265, vgl. oben § 99 zu 2. Der Vertrag hat im Zweifel die Bestimmung, die Punktation völlig zu ersetzen. Jedoch kann die Punktation zur Erläuterung zweifelhafter Fassung des Vertrages dienen, L. R. I, 5 § 263. Auch ist der Beweis zuzulassen, daß aus Irrthum oder ähnlichen Gründen Bestimmungen der Punktation im förmlichen Vertrag übergegangen sind; mindestens kann hierauf die Einrede gegründet werden, daß der Vertrag so nicht gewollt sei, wie er niederschrieben ist, also ungültig sei R. G. Bd. 1 S. 334. Das O. Trib. jedoch hat nach dem Vorgang von Koch Forderungen Bd. 2 S. 225 ff. die Regel des § 265 in harter Weise und ohne Nothwendigkeit als praesumtio juris et de jure aufgefaßt. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 68.

1) L. R. I, 5 §§ 78—108. Handelsgesetzbuch Art. 318—322. Thöl Handelsrecht Bd. 1 § 237 ff. Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 2 S. 355 ff. Koch Recht d. Ford. Bd. 2 § 71 ff. Regelsberger civilrechtliche Erört. S. 48 ff. Sohm in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 17 S. 16.

2) Wie wenn sich zwei übereinstimmende Anträge kreuzen? In der Theorie streitet man darüber, ob schon mit ihrer Ankunft ein Vertrag zu Stande kam, oder ob noch weitere Annahme erfordert werde; die Praxis wird mit Recht die nothwendige Willenseinigung erklärt finden. A. Ansicht Leonhard Irrthum S. 71.

bis zum rechtzeitigen Einlauf der Antwort sofern er diese Gebundenheit nicht ausschließt.[3]

Dieser Satz, dem römischen Rechte fremd, ist zurückzuführen auf eine deutsche Rechtsanschauung, wonach sich die Handelnden einseitig durch ihr Wort verpflichten können, nicht bloß, wie in Rom, durch Vertrag.[4]

Nicht als Vertragsantrag ist eine allgemeine Aufforderung zu Vertragsschlüssen zu behandeln. Solche liegt unter Anderm in einem Anerbieten des Verkaufens oder des Vermiethens, welches erkennbar mehreren Personen gemacht ist, mag es in öffentlichen Blättern oder durch öffentliche Anschläge verbreitet, oder Einzelnen, z. B. durch Mittheilen von Preislisten, Mustern oder Proben zugestellt sein.

Das Anerbieten muß, um Verbindungskraft zu haben, der Art bestimmt sein, daß durch die Annahme unmittelbar der Vertrag fertig wird, dies geschieht nicht, wenn es bei einem angetragenen Verkauf von Waaren an ausreichender Bestimmung über Preis oder Menge fehlt. Dagegen sind Anträge genügend, welche ausdrücklich die nähere Feststellung dem anderen Theile innerhalb gewisser Grenzen überlassen.[5]

b) Die Dauer der Verbindungskraft des Antrages ist gesetzlich begrenzt. Mündliche Anträge sind sogleich zu beantworten.[6] Für schrift-

---

3) Die ältere gemeinrechtliche Theorie hatte den Grundsatz aufgestellt, daß eine acceptatio ex intervallo quoque fieri potest, quamdiu promissor non revocavit, vgl. z. B. Mueller promt. juris: acceptatio. Man stützte dies darauf, daß Veränderungen, also auch eine Rücknahme des Antrages, nicht vermuthet würden. Bei Abfassung des Landrechts erklärte sich der gesunde Sinn der Verfasser gegen diese mit den Anforderungen des Verkehrs unvereinbare Schultheorie; man bestimmte daher die Zeit, innerhalb deren die Gegenseite noch annehmen könne, näher. Hierbei ergab sich umgekehrt gleichsam von selbst und, ohne daß man sich bewußt wurde, wie sehr man hier vom römischen Rechte abwich, daß nun auch der Antragende für diese Zeit an seinen Antrag gebunden sein solle. Vgl. Bornemann 1. Aufl. Bd. 2 S. 437. Dem Grundsatze des preußischen Rechtes folgen das österreichische b. G. B. § 682, das sächsische Gesetzbuch § 816 ff., das Züricher Gesetzbuch § 908, insbesondere auch das deutsche Handelsgesetzbuch.

4) Regelsberger hingegen a. a. O. gründet die Verbindungskraft des Antrages auf einen stillschweigenden Vertrag, der sich zwischen dem Antragenden und der Gegenseite bei der Erklärung des Antrages vollziehe und dessen Inhalt einen „Widerrufsverzicht" des Antragstellers bilde. Im Wesentlichen schließt sich Windscheid Bd. 2 § 306 Anm. 6 und § 307 Anm. 6 an. Damit wäre denn freilich die Verbindungskraft des Antrages in eine römische Denkform gebracht, in der That aber das eigenthümliche dieser Rechtsbildung verdunkelt. Die Auslobung, das Inhaberpapier, der Wechsel, bilden Beispiele einer durch einseitige Willenserklärung geschaffenen Verpflichtung im neueren Rechte, denen sich die durch den Antrag geschaffene anreiht. — Die hier aufgestellte Ansicht ist weiter entwickelt von Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund, insbesondere §§ 7. 8. Vgl. unten Bd. 2 § 12.

5) H. G. B. Art. 337, welcher bloß vom Verkauf spricht, ist auch auf andere Geschäfte entsprechend anzuwenden. Seine Fassung läßt übrigens Mißverständnisse zu. Es ist auf die Ausführungen unten Bd. 2 § 22 zu verweisen, deren Grundgedanken auf Art. 337 entsprechend anzuwenden sind.

6) L. R. I, 5 § 94. Dies gilt auch von Anträgen an Abwesende durch Telephon. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 505. Beides bezieht sich aber nur auf Anträge, deren

liche Anträge an Personen, welche an demselben Orte sich aufhalten, bilden die Wartefrist 24 Stunden, d. h. der dem Einlaufen des Antrags folgende Tag.[7] Nach schriftlichen Anträgen an Auswärtige ist zu warten, bis die zweite Post angelangt ist, welche Antwort bringen kann. Mindestens kommt ihnen aber die Ortsanwesenden vergönnte Frist zu Gute.[8]

Das H. G. B. bindet den Antragsteller von Handelsgeschäften an Abwesende so lange, bis die Antwort im Fall rechtzeitiger Ankunft des Antrages und rechtzeitiger Absendung der Antwort, eintreffen müßte.[9]

c) Die Verpflichtung aus dem Antrage kann gültigerweise bei dessen Stellen abgelehnt werden, z. B. mit den Worten „ohne Obligo," oder „freibleibend; die Zeit kann ferner begrenzt werden, indem man sich z. B. nur bis zu einer bestimmten Stunde bindet.[10] Umgekehrt kann sich der Antragsteller auf längere Zeit binden, als nach den gesetzlichen Vorschriften der Fall wäre. Wurde die Zeit der Annahme dem Gutfinden des anderen Theiles

---

Beantwortung vom Angesprochenen erwartet wird. Wer daher einem Makler einen Antrag mündlich mittheilt, bleibt gebunden, bis Antwort von dessen Kunden eingehen kann, nur wenn der Antrag in der Meinung geschehen ist, daß der Makler zum Abschluß Vollmacht habe, ist § 94 anwendbar. R.O.H.G. Bd. 8 S. 397. — Vgl. noch R. G. Bd. 18 S. 10.

7) Oben § 69 Anm. 3. Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 153.

8) Ueber Anträge durch Boten bestimmt L. R. I, 5 §§ 99. 100. — Geschieht der Antrag einer Korporation oder Gemeine — z. B. eine eingetragene Genossenschaft — so muß der Antragende so lange warten, als erforderlich ist, um über den Antrag verfassungsmäßig Beschluß zu fassen und denselben dem Antragsteller bekannt zu geben.

9) H. G. B. Art. 319, vgl. aber auch unten Anm. 12. Zur Wahrung der handelsrechtlichen Frist ist nicht unter allen Umständen Antwort mit nächster Post erfordert, vielmehr kann der Empfänger des Antrags eine dem Gegenstande und dem gewöhnlichen ordentlichen Geschäftsverkehr angemessene Frist zur Prüfung in Anspruch nehmen. R. O. H. G. Bd. 13 S. 144. War ausdrücklicher Wille des Antragstellers oder ergiebt es sich aus der Natur des Geschäftes, daß die Antwort durch Telegramm geschehe, so ist Postantwort ungenügend. Es erhebt sich die Frage, welche Grundsätze einzutreten haben, wenn der Antrag schriftlich an einen Abwesenden gerichtet wurde, Adressat sich persönlich zu dem Antragsteller begiebt, um abzuschließen, die mündlichen Verhandlungen jedoch zu keinem Ergebniß führen? Unserer Ansicht nach ist die aus dem schriftlichen Antrag sich ergebende Wartefrist hiermit erledigt, sofern der Antragsteller nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt, dieselbe noch festhalten zu wollen.

10) Auch stillschweigend kann die Zeit begrenzt werden. Wer z. B. einem Anderen durch Telegramm einen Antrag macht, giebt dadurch der Regel nach zu erkennen, daß er eine Antwort durch ebenso rasche Mittel erwartet und nur so lange gebunden sein will, als diese erforderlicher Weise Zeit brauchen. Eccius Bd. 1 § 77 Anm. 16 will dies nicht gelten lassen. Das Angebot könne nur durch „ausdrückliche Erklärung" auf telegraphische Antwort beschränkt werden. Hierfür ist Beweis weder erbracht noch zu erbringen. Selbst ein Techniker, kritisirt Eccius, könne nicht beantworten, welche Zeit ein Telegramm ordentlicher Weise braucht. Es handelt sich aber nicht um eine technische Frage, sondern darum, wie viele Zeit regelmäßig und im Durchschnitt der Fälle bis zum Eintreffen der Antwort verläuft.

überlassen, so kann der Antragende demselben noch nachträglich bei Zögerung eine angemessene Frist setzen.[11]

Zulässig ist auch sich für den Fall zu binden, daß der andere Theil den Antrag thatsächlich zur Ausführung bringt, so daß der Vertrag hiermit zum Abschluß kommt.[12]

d) Zur Verbindungskraft des Antrages gehört, daß sie der Antragsteller an den andern Theil gerichtet hat;[13] nicht minder, daß sie in dessen Hände gelangte. Bis dahin ist der Antrag noch nicht vollendet, so daß er durch eine früher oder gleichzeitig anlangende Erklärung, z. B. durch Boten oder Telegramm noch gehemmt werden kann.[14] Die Kraft des Antrags erlischt, wenn die vom Antragenden bestimmte oder die gesetzliche Frist vor Einlaufen der Antwort verflossen ist.[15] Dies auch, wenn die Annahme von der Gegenseite rechtzeitig erfolgte, aber in Folge eines Zufalls verspätet einlief. Nur wenn der Antragsteller selbst Schuld hat, daß die Annahme nicht rechtzeitig an ihn gelangt, wird er gebunden, gleich als habe er sie empfangen.[16] Endlich hört die Verbindlichkeit aus dem Antrage auf, wenn vor Ablauf der Wartefrist eine ablehnende Antwort eintraf.[17]

Läuft die an sich rechtzeitig abgegebene Annahme zufälligerweise verspätet ein, so muß der Antragende, welcher von seinem Rechte, sie

---

11) Vgl. L. R. I, 5 §§ 91—93.

12) Vgl. H. G. B. Art. 319 Abs. 1 und dazu R. G. Bd. 2 S. 43.

13) Ein Antrag liegt also nicht vor, wenn man einseitig eine Erklärung zu gerichtlichem Protokoll abgegeben hat und sich eine Ausfertigung ertheilen ließ, aber nichts that um dieselbe zur Kenntniß des andern Theils zu bringen. Vgl. auch Bd. 2 § 11 zu 1.

14) H. G. B. Art. 320. — Ist ein Antrag bindend, wenn der Antragsteller stirbt oder verfügungsunfähig wird, ehe derselbe an den andern Theil gelangt? Für die Bejahung hat man sich auf L. R. I, 5 § 106 bezogen, laut dessen der Tod eines der beiden Theile „nach geschehenem Antrage" in den Rechten und Pflichten wegen der Annahme nichts ändert. Allein es ist hierbei vorausgesetzt, daß der Antrag an den andern Theil gelangt war, ehe der Antragsteller starb oder verfügungsunfähig war. Sonst liegt kein Antrag, sondern nur der Versuch eines solchen vor. Daher erwachsen dem andern Theil, wenn er bei der Annahme das Sachverhältniß kannte, hieraus keinerlei Rechte; vgl. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 225.

15) L. R. I, 5 § 103. Wer das Zustandekommen des Vertrages behauptet, hat im Streitfall das rechtzeitige Einlaufen der Annahme beim Antragsteller darzuthun. Die Aufgabe der Antwort zur Post allein genügt hierzu nicht.

16) Dies ist die Bedeutung von L. R. I, 5 § 102. Es wird z. B. der Brief, welcher die Annahme enthält, von dem Antragsteller nicht angenommen. Anders Eccius Bd. 1 § 77 Anm. 26.

17) Indem es in der Ablehnung eines Antrages vor Ablauf der Wartefrist mit Recht die Entsagung eines Rechtes sah, hatte ein Appellationsgericht die schriftliche Form für die Geltung einer solchen Ablehnung erfordert nach L. R. I, 5 § 134. Das Obertribunal hat sich indessen hiergegen erklärt Entsch. Bd. 33 S. 30, womit man sich befreunden kann, nicht weil in solcher Ablehnung keine Entsagung eines Rechtes liegt, wie das Obertribunal ausführte, sondern weil es unbillig und zweckwidrig ist, denjenigen, welcher eine Wartefrist gesteckt hat, nach mündlicher Ablehnung des Gegentheils noch gebunden zu erachten; vgl. auch oben § 96 Anm. 5.

zurückzuweisen, Gebrauch macht, dem Gegentheile unmittelbar hiervon Mittheilung machen; sonst ist er wegen Verschulden verantwortlich, wenn dem anderen Theile durch seine Unkenntniß Schaden erwuchs.[18]

e) Die Erklärung des Adressaten über die Annahme oder Ablehnung des Antrages ist so lange unverbindlich und widerrufbar, bis sie in die Hand des Antragenden gelangt, da sie erst hierdurch in gehöriger Weise vollzogen ist. Nur muß der Widerruf mindestens gleichzeitig mit der ersten Erklärung eingehen.[19] Einer Ablehnung steht die Annahme dann gleich, wenn sie unter Bedingungen[20] [21] oder Beschränkungen erfolgt, welche in dem Angebote nicht vorgesehen waren; doch wird unter Umständen in einer solchen Erklärung ein selbständiges Angebot gesehen werden.

f) Nach römischem Rechte kam kein Vertrag zu Stande, wenn der Antragsteller oder derjenige, welchem der Antrag gemacht war, vor der Erklä-

---

18) L. R. I, 5 § 105. Striethorst Archiv Bd. 84 S. 262. Fall der culpa in contrahendo; oben § 104 Anm. 2. — H. G. B. Art. 319 geht weiter. Es sieht den Vertrag als geschlossen an, wenn die rechtzeitig abgesendete Annahme verspätet ankommt und Antragsteller nicht schon vorher oder doch ohne Verzug nach Einlaufen der Annahmeerklärung dem Gegentheile seinen Rücktritt kund gab.

19) Bekanntlich ist eine der bestrittensten Fragen des gemeinen Rechtes, wann der Vertrag durch Annahme vollzogen wird, ob — gemäß der s. g. Aeußerungstheorie — im Augenblick, in welchem der Gegentheil die Annahme zum Ausdruck brachte, also etwa nachdem er das Ja geschrieben hat, oder erst wenn der Antragsteller die Annahme erfahren hat, Vernehmungstheorie; oder, wenn die Antwort in seine Hand kam, Empfangstheorie. Für die letztere Dernburg Pand. Bd. 2 § 11. L. R. I. 5 §§ 80, 81 stimmt damit überein; es verwirft nur L. R. I, 5 § 82 die noch weiter gehende Meinung von Daries, daß auch die Annahme wieder vom Antragsteller angenommen werden müsse. Das Handelsgesetzbuch hingegen hat Art. 321 den Satz aufgestellt, „der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist (aber wann ist dies der Fall?), gilt als Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages.“ In Widerspruch mit diesem Satze bestimmt aber Art. 320, daß die Annahme für nicht geschehen zu erachten sei, wenn der Widerruf vor der Erklärung der Annahme oder gleichzeitig bei dem Antragsteller eingegangen sei. Damit ist der Satz des Art. 321 in seiner Wirkung in Frage gestellt.

20) L. R. I, 5 §§ 84. 85. H. G. B. Art. 322. Ueber Bedingungen in praesens oder in praeteritum collatae siehe oben § 86 Anm. 15. Ob Gegenvorschläge eine Ablehnung in sich schließen, ist Thatfrage. Sie sind keinesfalls Annahme, aber auch nicht nothwendiger Weise Ablehnung; jedenfalls verlängern sie die Wartefrist nicht.

21) Ist Theilung des Antrags zulässig? Es bietet Jemand 1000 Malter Getreide zu bestimmtem Preise für das Malter an, der andere Theil nimmt den Antrag bis 500 Malter an. Ist hier zu sagen, in dem Anerbieten des Mehr liege auch das des Weniger? Vgl. l. 1 § 4 D. de V. O. 45, 1: si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse. Richtiger Ansicht nach ist dies für nicht unbedingt anzunehmen, vielmehr die erkennbare Absicht des Antragstellers beim Antrage zu erforschen. Denn leicht möglich, daß er für den angesetzten Preis nur die größere Menge losschlagen wollte, um mit derselben zu räumen und weil er sich dann mit einem geringeren Vortheile begnügen konnte. Bleibt die Absicht zweifelhaft, so ist theilweise Annahme nicht genügend, da der Antrag in der Regel so angenommen werden muß, wie er gemacht ist. Vgl. Bd. 2 § 24.

rung auf den Antrag starb, da hiermit die Möglichkeit einer Willenseinigung zwischen dem Antragenden und dem, an welchen der Antrag geschehen war, abgeschnitten ist.[22] Nach Landrecht hingegen hindert Tod eines der beiden Theile nach „geschehenem Antrag" den Abschluß nicht, indem die Erben des Antragstellers gebunden bleiben und die Erben der Gegenseite an Stelle ihres Erblassers annehmen können.[23] Nicht anders ist es nach Handelsrecht.

C. Willensfehler.

§ 108. Irrthum.[1]

Irrthum kann beim Geschäftsschluß bewirken, daß die Erklärung über ein Geschäft mit der Vorstellung des Handelnden von demselben nicht übereinstimmt.[2] Das bloß Vorgestellte ist dann nicht zum Geschäft geworden, weil es nicht erklärt ist, das Geäußerte nicht, weil es nicht gewollt ist.[3] [4] Dies gilt wie für einseitige Rechtsgeschäfte, so auch für Verträge.

Aber allerdings wird eine Anfechtung dessen, was man selbst erklärt hat, wegen Fehlens des Willens im Rechte auf Gunst nicht rechnen können. Ihr steht das Gewicht des eigenen Wortes, das Ansehen scheinbar vollendeter Thatsachen entgegen. Der Willensmangel bedarf des Beweises. Dieser wird unter Umständen ausgeschlossen, wenn die Anfechtung dazu führen würde, nachtheilige Folgen eigener Unvorsichtigkeit, eigenen Leichtsinnes auf Andere, die hierdurch getäuscht wurden, zu überwälzen. Auch genügt ferner nicht jede Abweichung des wirklichen vom vorgestellten Thatbestande zur Anfechtung wegen Irrthums. Nur Irrthum in hauptsächlichen

22) Dernburg Pand. Bd. 2 § 11 Anm. 14.

23) L. R. I, 5 § 106 ff; vgl. oben Anm. 14. Vgl. Entsch. des Kammergerichts Bd. 9 S. 65. Anders, wenn der Antrag auf eine höchst persönliche Begünstigung des Gegentheils abzielte, wie auch nach L. R. I, 5 § 108 — unten Bd. 2 § 103 — in Fällen, wo wegen Absterbens eines Theils Rücktritt vom geschlossenen Vertrag möglich wäre. Natürlich läuft die Frist zur Annahme den Erben nur so lange, als dieselbe dem Verstorbenen gelaufen wäre.

1) L. R. I, 4 § 75 ff. Dernburg Pand, Bd. 1 § 101.

2) Dies gilt auch den gerichtlich aufgenommenen Urkunden gegenüber, vgl. oben § 102 zu 2 a. E.

3) Vgl. l. 9. pr. D. de hered. inst. 28, 5.

4) Es steht übrigens nichts im Wege, sich ausgesprochenen Vertragsbestimmungen auch für den Fall zu unterwerfen, daß man über ihre Tragweite und ihren Umfang irrt. Man verbürgt sich z. B. für Schulden, über deren Natur oder Betrag man falsche Vorstellungen hat, mit der erklärten Absicht, unter allen Umständen für sie einzutreten. Man kann sich nicht minder verpflichten, ohne den Inhalt der übernommenen Verpflichtung zu kennen. Man verbindet sich z. B. vertragsgemäß nach den Scheinen und Bedingungen einer Börse, wie solche in den Schlußscheinen der vereideten Makler angegeben sind, ohne von ihnen etwas zu wissen, weil man bereit ist, sich behandeln zu lassen, wie das geschäftstreibende Publikum überhaupt behandelt wird. In solchen Fällen ist der Irrthum beziehungsweise die Unwissenheit unerheblich. Vgl. Eccius Bd. 1 § 30 Anm. 3 und unten Bd. 2 § 202 Anm. 13.

Punkten gilt als Anfechtungsgrund, ist s. g. wesentlicher Irrthum. Was aber als Hauptsache gilt, kann nicht schlechthin nach dem besonderen Gemüthszustande der Handelnden geprüft werden. Das Recht stellt vielmehr gewisse Durchschnittsregeln auf, aus denen sich ergiebt, ob der Wille zum fraglichen Geschäft vorhanden war oder ob wesentlicher Irrthum vorliegt. Diese Regeln sind bei den verschiedenen Arten der Rechtsgeschäfte verschieden.

Im Folgenden ist vorzugsweise vom Irrthum bei lästigen Verträgen die Rede.

Das preußische Recht sieht dabei auf das, was dem Verkehr als wesentlich gilt.[5] Es kommt also darauf an, ob nach dem Durchschnitte der Fälle anzunehmen ist, daß das Geschäft auch dann abgeschlossen worden wäre, wenn der Handelnde das Sachverhältniß gekannt hätte. — Ist dies zu verneinen, so gilt der Irrthum als wesentlich.

Wesentlich ist hiernach der Irrthum, wenn derselbe die Essentialien des Geschäftes betrifft, z. B. der Eine entgeltlich veräußern, der Andere unentgeltlich erwerben wollte.[6] Dagegen ist Irrthum über die Identität der Person des Mitkontrahenten nicht schlechthin wesentlich, vielmehr das Geschäft nur dann ungültig, wenn nach der Regel des Verkehrs anzunehmen ist, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde.[7] Irrthum über die körperliche Identität des Geschäftsgegenstandes ist regelmäßig wesentlich, es sei denn, daß die Sachen, um die es sich handelt, zu den Dingen gehören, welche der Verkehr nur nach Gattung und Art schätzt.[8] [9] Was endlich den Einfluß des Irrthums in den

5) Die hier früher enthaltene Ausführung über das römische Recht ist im Wesentlichen in Dernburg Pand. Bd. 1 § 102 Anm. 10 übergegangen. Ich begnüge mich daher hierauf zu verweisen.

6) L. R. I, 4 § 75 „Irrthümer im Wesentlichen des Geschäfts".

7) L. R. I, 7 § 76. Wesentlich ist Irrthum über die Person dann, wenn derselben kreditirt, z. B. ein Darlehen gegeben oder auf Kredit verkauft wurde. Wäre jedoch in letzterem Falle der Käufer bereit sofort zu zahlen, so würde das Interesse des Verkäufers bei dem Irrthume über die Person verschwinden und Geschäft unanfechtbar werden. Wesentlich ist auch der Irrthum über die Person des Miethers oder Vermiethers, sowie dessen, der Dienste verspricht, da hier überall das Vertrauen zur Person des Mitkontrahenden mitbestimmend ist. Dagegen ist unerheblich die Person des Darlehensgläubigers u. s. f.

8) L. R. I, 4 § 75 „Irrthum im Hauptgegenstande der Willenserklärung". Schließen die Parteien über eine Anzahl von Kaffeesäcken einen Kaufvertrag, die eine glaubt die, welche er im Magazine sieht, würden ihm verkauft, die andere will Waaren gleicher Beschaffenheit verkaufen, die ihr erst zugesendet werden, so kommt der Irrthum über die körperliche Identität nicht in Betracht. — Irrthum über Quantitäten, insbesondere über den Preis, ist wesentlich vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 20 S. 327, es sei denn, daß trotzdem der eine Theil eine größere, der andere eine kleinere Summe meinte, wenigstens eine Uebereinstimmung über die geringere Summe vorliegt. Hat insbesondere der Verkäufer ein Geringeres als Kaufpreis gefordert, der Käufer

Eigenschaften einer Person oder Sache betrifft, so ist wesentlich Irrthum über solche Eigenschaften, welche ausdrücklich vorbedungen oder gewöhnlich vorausgesetzt werden.[10] Hiernach sind namentlich diejenigen Eigenschaften einer Sache wesentlich, welche dieselbe nach den Anschauungen des Verkehrs dergestalt kennzeichnen, daß im Falle ihres Mangels die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden muß, als die Parteien voraussetzten.[11]

Verschieden vom bisher erörterten Geschäftsirrthum ist der Irrthum in den Beweggründen. Er ist der Regel nach ohne Einfluß auf das Geschäft.[12] Ferner sind irrthümliche Bezeichnungen und Beschreibungen unwesentlich, selbst wenn der andere Theil an sie glaubte, sofern es

---

eine höhere Summe geboten, so liegt Einverständniß über die geringere Summe vor, welche der Käufer in der höheren Summe mit angeboten hat; l. 52 locati 19, 2, siehe auch unten Bd. 2 § 143 Anm. 9.

9) Einen Irrthum über das, was nur als Zugabe bezeichnet ist, wollten die Römer nie als wesentlich ansehen, selbst wenn erkennbar war, daß es den Parteien hauptsächlich auf die Zugabe ankam, l. 34 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Diese Auffassung kann uns nicht gelten. Sie hält sich an das Wort, nicht an das Wesen der Sache.

10) L. R. I, 4 §§ 77. 81, vgl. aber auch unten § 109 bei Anm. 5, ferner L. R. I, 5 §§ 325. 329. Siehe auch L. R. II, 1 § 40. L. R. I, 4 § 77 spricht von „ausdrücklich vorausgesetzten" d. h. vorbedungenen Eigenschaften; R. G. Bd. 21 S. 313, bei Gruchot Bd. 35 S. 902. Nicht zweifellos ist, was unter „Eigenschaften" einer Person oder Sache zu verstehen sei? Eigenschaft ist richtiger Ansicht nach nicht bloß die Beschaffenheit der Person oder Sache an sich, sondern auch die Summe der Beziehungen, welche sich an sie anschließen und sie kennzeichnen. Eigenschaften einer Person werden daher nicht bloß Geistes- und Körpereigenschaften derselben sein, wie Redlichkeit, Kenntnisse; es kann unter Umständen auch der Besitz von Zahlungsmitteln hierher gerechnet werden. Anderer Ansicht das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 80 S. 304. Dagegen aber R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 890, Bd. 29 S. 1084, auch Bd. 35 S. 1005. Als Eigenschaft einer Sache ist in gleichem Sinne auch der Ertrag, den sie regelmäßig abwirft, anzusehen, Gruchot Bd. 13 S. 519, R. G. Bd. 21 S. 311. Zu den Eigenschaften gehört an sich auch die Güte einer Sache. Es kann jedoch der Irrthum über die Güte nicht in Betracht gezogen werden, falls eine bessere Beschaffenheit nicht bedungen war und man sie auch nicht nach den Umständen zu erwarten berechtigt war. Andernfalls kann er wesentlich werden; vgl. das R. O. H. G. Bd. 22 S. 392, Eccius Bd. 1 § 78 Anm. 22. Nicht anders steht es mit dem „Werth" der Sache.

11) Diesen Fall erachtet Savigny System Bd. 3 S. 283 allein als zu berücksichtigen.

12) Vgl. oben § 105. Ob ein Irrthum nur den Bewegungsgrund betrifft oder das Wesentliche des Geschäftes, dies wird nicht selten zweifelhaft sein. Ist z. B. der Irrthum ein wesentlicher, wenn der Verkäufer irrthümlich glaubte Eigenthümer des verkauften Grundstückes zu sein? Nein, denn der Irrthum hat keinerlei falsche Vorstellungen über den Inhalt des Geschäftes hervorgerufen, wenn er auch auf den Entschluß zum Verkauf — das Motiv des Geschäftes — eingewirkt hat, vgl. Gruchot Bd. 7 S. 225. Wenn aber bei Seeversicherungen der durch unrichtige Angaben oder Verschweigen erheblicher Umstände Seitens des Versicherungsnehmers bei dem Versicherer erregte Irrthum den Vertrag für den Letzteren unverbindlich macht und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dem Versicherungsnehmer eine Schuld zur Last lag, deutsches H. G. B. Art. 813, so ist dies folgerecht. Denn jene Anzeigen bilden nicht bloß den Beweggrund der Versicherung, sondern bestimmen zugleich den Inhalt des Geschäftes,

sich bloß um Angaben handelte, die nach Verkehrsgebrauch ohne Bedeutung sind.[13]

Der wesentliche Irrthum bewirkt Nichtigkeit des Geschäfts. Doch kann sie nur als relative gelten, da sich der andere Theil nicht beschweren kann, wenn er an dem Vertrage festgehalten wird, in den er seinerseits, wie derselbe sich darstellt, ohne Irrthum, willigte.[14] Weil aber das Geschäft in Folge Irrthums der Gegenseite „hinkend" wird, so kann der andere Theil dem Irrenden eine Frist setzen, innerhalb deren sich dieser über die Anerkennung des Geschäftes zu erklären hat, widrigenfalls dasselbe als verworfen gilt.[15]

§ 109. Entschuldbarkeit des Irrthums.[1]

Nach römischem Rechte konnte man sich nur auf entschuldbaren Irrthum berufen.[2] Nach preußischem Recht dagegen kann auch unentschuldbarer Irrthum, und insbesondere Rechtsirrthum, angerufen werden, sofern er wesentliche Geschäftsbestandtheile betrifft.[3] Der solchergestalt Irrende ist jedoch dem anderen Theile wegen seiner Verschuldung — culpa in contrahendo — für den durch das Nichtzustandekommen des Geschäftes entstandenen Nachtheil verantwortlich.[4]

Irrthum aber in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder des Geschäftsgegenstandes soll auch nach preußischem

---

nämlich den Umfang der Gefahr, für welche der Versicherer eintritt. Vgl. übrigens unten Bd. 2 § 232. Ueber die Anerkennung eines unehelichen Kindes im Glauben, daß der Anerkennende allein mit der Mutter während der Konceptionszeit zu thun hatte, siehe unten Bd. 3 § 71 Anm. 16.

13) Oben § 94 Anm. 3. Hat daher Jemand eine Anzahl Flaschen „Liebfrauenmilch" gekauft, so kann er den Kauf nicht aus dem Grunde anfechten, weil der gelieferte Wein nicht wirklich Liebfrauenmilch sei, vorausgesetzt nur, daß derselbe probemäßig ist oder doch den Charakter des Weines hat, welcher im Handel unter dem Namen Liebfrauenmilch zu gehen pflegt. Ist ein Kauf über „Domingoblauholz" abgeschlossen, so kann der Verklagte das Geschäft nicht um deswillen angreifen, weil das Blauholz nicht in Domingo, sondern in Jamaica gewachsen sei. Verkauft aber Jemand Butter als die eines bestimmten, in besonderem Rufe stehenden Gutes, die dies nicht ist, so kann wesentlicher Irrthum unter Umständen auch Betrug anzunehmen sein.

14) Vgl. oben § 71 Anm. 6. Natürlich haben die Erben des Irrenden gleichfalls das Anfechtungsrecht, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 912. Mit unserer Auffassung stimmt das Obertribunal überein, vgl. auch Art. 813 des Handelsgesetzbuches. Dagegen aber Koch Kommentar zu L. R. I, 4 § 78. Relative Nichtigkeit bewirkt wesentlicher Irrthum auch bei der Eheschließung. Letztwillige Verfügungen macht er schlechthin nichtig.

15) Vgl. L. R. I, 5 § 13.

1) Vgl. oben § 20.

2) Dernburg Pand. Bd. 1 § 101.

3) Anders einige Obertribunalsentscheidungen in den „Rechtsfällen aus der Praxis des O. Trib." Bd. 1 S. 249 n. 115, weil auch bei uns error juris nocet. Dies soll nicht bestritten werden. Es fragt sich jedoch, in welcher Weise er schadet.

4) L. R. I, 4 §§ 78. 79 und oben § 104 Anm. 3. Anders bei unentschuldbarem Irrthum auf beiden Seiten L. R. I, 4 § 80.

Rechte nur berücksichtigt werden, wenn ihn nicht der Irrende selbst durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen veranlaßte.[5]

§ 110. Betrug.[1]

Welchen Einfluß hat Betrug Seitens eines Mitkontrahenten auf die Geltung einer Willenserklärung? Bewirkte solcher Betrug einen wesentlichen Irrthum, z. B. im Falle der Unterschiebung einer Urkunde anderen Inhaltes, als der verabredete, zur Unterschrift, so ist das Geschäft nichtig, weil es zu einer wirklichen Einigung nicht kam. Rein tritt die Wirkung des Betruges hervor, wo derselbe irrige Beweggründe zum Geschäftsschluß hervorrief.

Ist ein Geschäft durch Betrug des andern Theils d. h. Irrthumserregung mittels Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen veranlaßt,[2] so soll der Betrüger aus ihm keinen Vortheil ziehen. Das römische Recht erklärte es als durch actio und exceptio doli anfechtbar.[3] Dies preußische Recht behandelt es als nichtig.[4] [5] Dies gilt, entgegen dem römischen Rechte, auch den Sondernachfolgern des Be-

5) L. R. I, 4 § 82 z. B. der Baugrund des gekauften Baulandes ist ungewöhnlich schlecht. Es wird in der Regel Sache des Käufers sein, sich hierüber zu vergewissern. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 908.

1) L. R. I, 4 §§ 84—90. Vgl. auch L. R. I, 5 §§ 349—360.

2) Die Definition des Strafgesetzbuches § 263 kann auch für das Civilrecht benutzt werden, vgl. R. G. in Straff. Bd. 14 S. 310. Nur Thatsachen sind in Betracht zu ziehen, nicht absichtlich veranlaßte falsche Schlüsse und erregte Hoffnungen des anderen Theiles, z. B. bezüglich des Einflusses einer Aenderung im Zollwesen auf ein Geschäft. Wann ist Verschweigen von für den Geschäftsschluß erheblichen Thatsachen betrügerisch? Dann, wenn nach der Auffassung des Verkehrs Reden Pflicht gewesen wäre, so daß sich das Schweigen als Unredlichkeit, Uebervortheilung darstellt. Dahin gehört namentlich Schweigen zu den falschen Angaben eines Dritten, welcher das Geschäft empfiehlt, ferner Schweigen dessen, welcher z. B. als Mandatar dem anderen Theile zur Wahrheit besonders verpflichtet war. Auch für den Verkäufer gilt als Pflicht, Mängel anzuzeigen, welche der Käufer nicht erkennen konnte, l. 43 § 2 D. de cont. emt. 18, 1, l. 35 § 8 D. eod., l. 11 § 5 D. de a. e. 19, 1. Wer keine besonderen Ansprüche auf Mittheilungen des anderen Theiles hatte und selbst ausreichende Mittel besitzt, sich aufzuklären, kann sich nicht darüber beschweren, daß ihn dieser nicht aus Irrthümern weckte, denen er sich, ohne nachzuforschen, hingiebt; vgl. übrigens Savigny Bd. 3 S. 119, einseitig Koch zu L. L. I, 4 § 84 Anm. 90, siehe jedoch auch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 926.

3) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 104.

4) Es muß ein Kausalzusammenhang zwischen der Vorspiegelung und dem Geschäftsschlusse nachweisbar sein; dabei ist nur zu beachten, was vernünftigerweise auf die Entschlüsse des anderen Theiles Einfluß haben konnte. Meist werden daher Aeußerungen über das, was der Erklärende künftig thun wolle, unerheblich sein, selbst wenn sie den andern Theil täuschten, weil die Unsicherheit derartiger Aeußerungen einleuchten mußte. Viel zu weit geht aber, wenn bei Striethorst Archiv Bd. 78 S. 240 ff. allgemein ausgesprochen wird, Betrug könne nur in Erregung eines Irrthumes über bestehende Verhältnisse und nicht in einem für die Zukunft gegebenen Versprechen, welches der Versprechende von vornherein nicht halten wollte, liegen.

5) Der Betrüger kann sich nicht darauf berufen, daß der andere Theil die Unrichtigkeit der betrügerischen Angaben bei gehöriger Sorgfalt erkennen konnte.

trügers gegenüber. Doch ist die Nichtigkeit nur eine relative zu Gunsten des Betrogenen, nicht aber des Betrügers, welcher sich auf die eigene Arglist nicht stützen kann. Auch ist das Geschäft nur nichtig, wenn der Betrug dessen Abschluß oder doch dessen wesentliche Bestimmungen veranlaßte (dolus causam dans). Dann hat also der Betrogene die Wahl zwischen Nichtigkeitserklärung des Geschäftes mit dem Anspruche auf Schadloshaltung und zwischen der Einklagung der Differenz unter Aufrechterhaltung des Geschäftes. Hat dagegen der Betrug nur die Gestaltung des Geschäftes im einzelnen veranlaßt (dolus incidens), so kann der Betrogene nur Ausgleichung seines Schadens bei Aufrechthaltung des Geschäfts fordern.[6] Es ist das um deswillen wenig zweckmäßig, weil hiernach der Betrogene, welcher das Geschäft aufrufen will, nicht nur den Betrug darthun muß, sondern auch, daß er durch denselben zum Abschlusse des Geschäfts oder doch dessen wesentliche Bestimmungen veranlaßt wurde.[7]

Betrug eines Dritten „ohne Zuthun eines der Geschäftsparteien" macht den Betrüger zwar verantwortlich, ist aber nach preußischem wie nach römischem Rechte ohne Einfluß auf die Geltung des Geschäftes, falls er keinen wesentlichen Irrthum beim Betrogenen erzeugte.[8] [9]

§ 111. Trunkenheit. Fieberdelirium.[1]

Wenn Trunkenheit, Fieberdelirium, andere Krankheit, Hypnose dazu geführt haben, daß das klare Erkennen des wesentlichen Thatbestandes des abgeschlossenen Geschäftes fehlt, so ist dasselbe wegen Mangels des Willens wenigstens relativ nichtig.[2]

---

6) L. R. I, 4 §§ 87. 88.

7) Anderer Ansicht bezüglich des Beweises Bornemann Bd. 1 S. 154.

8) L. R. I, 4 § 89. „Dritter" ist auch, wer mit dem Betrogenen die eine Geschäftspartei bildete R. G. Bd. 24 S. 150. — Wußte einer der Vertragschließenden, daß seinem Mitkontrahenten von einem Dritten ohne sein Zuthun falsche Vorspiegelungen gemacht waren und benutzt er dies um das Geschäft zu Stande zu bringen, so liegt hierin gleichfalls Betrug durch Unterdrückung der Wahrheit.

9) Arglist macht auch, abgesehen von Fällen des Betrugs, schadensersatzpflichtig. So wenn man seine Rechte als Gläubiger ausbeutet, um den Schuldner zu schädigen, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 946, R. G. Bd. 26 S. 317.

1) L. R. I, 4 §§ 28—30, I, 4 §§ 91—93. Ueber Hypnose siehe Klöppel bei Gruchot Bd. 34 S. 797.

2) Das Gleiche gilt von heftiger Leidenschaft, Schrecken, Furcht, Zorn, bei denen der Betreffende der Vernunft nicht mächtig war, L. R. I, 4 29. Daß Trunkenheit oder Leidenschaft oder auch Krankheit diesen Grad erreicht haben, soll zwar nicht vermuthet werden, I, 4 § 30, d. h. ist zu beweisen, kann indessen aus den Umständen dargethan werden. Unrichtig ist es, wenn Leyser med. vol. V. sp. 348 II. behauptet, dieser Beweis sei gegen ein gerichtlich vollzogenes Geschäft nicht zu führen, vgl. Koch Recht der Ford. Bd. 2 S. 311. Es ist mir ein Fall erinnerlich, in welchem ein Nervenfieberkranker gerichtlich in einen Auszugsvertrag willigte und hinterher der Beweis erbracht wurde, daß er in einem Zustande bloß scheinbaren Bewußtseins zustimmte.

Dagegen ist das Geschäft gültig, wenn die Trunkenheit oder Krankheit nur eine Ueberreizung bewirkte, so daß im Geiste des Handelnden das Gewicht der für den Geschäftsschluß sprechenden Gründe verstärkt und das der gegentheiligen Bedenken abgeschwächt wurde. Hatte aber der andere Theil diesen Zustand absichtlich herbeigeführt, so ist nach allgemeinen Grundsätzen eine Anfechtung wegen Arglist zulässig.[3] Weiter geht das preußische Recht, indem es eine Anfechtung außerdem schon gestattet, wenn die Absicht der Uebervortheilung nicht erweisbar ist, vielmehr nur die Thatsache feststeht, daß der eine Vertragschließende den Anderen durch Trunk oder Erregung anderer heftiger Leidenschaften in einen Zustand setzte, in welchem derselbe die Folgen seiner Handlung nicht mehr richtig zu beurtheilen vermochte. Nur ist diese besonder Anfechtung abhängig von einer den Thatbestand und die Beweismittel besonders angebenden[4] gerichtlichen Protestation innerhalb der Zeit einer Woche, nachdem die Fähigkeit, einen Richter anzugehen, erlangt ist.[5]

§ 112. Zwang.[1]

Nach römischem Rechte galten erzwungene Geschäfte zwar an sich als gültig,[2] aber als durch den Gezwungenen mittels actio oder exceptio quod metus causa anfechtbar. Das preußische Recht hingegen legt nur dem freien Willen Verbindungskraft bei und erklärt daher erzwungene Geschäfte — mag der Zwang von der anderen Geschäftspartei oder von Dritten[2] ausgegangen sein — für nichtig.[3 4] Jedoch ist auch diese Nichtigkeit nur eine

---

3) In Folge actio doli Leyser vol. I. spec. 59 med. 3.

4) L. R. I, 4 §§ 91—93, vgl. § 46.

5) L. R. I, 4 § 92 sagt: „binnen 8 Tagen", aber vgl. oben § 70 bei Anm. 5. — Nach der herrschenden und richtigen Meinung bezieht sich die Anzeigepflicht nicht auf den höheren Grad der Trunkenheit (L. R. I, 4 § 28). Ebensowenig erstreckt sie sich auf den Fall, in welchem der Kläger geradezu planmäßige Versetzung in Trunkenheit Seitens des Gegners darzuthun unternimmt. Denn L. R. I, 4 §§ 91. 92 „auch ohne die Absicht den Andern zu hintergehen" sprechen von diesem Falle nicht, und eine ausdehnende Erklärung, wie sie u. A. das O. Trib. Entsch. Bd. 45 S. 52 ff. gemacht hat, ist bei der Willkürlichkeit der Bestimmung nicht zu rechtfertigen. So auch Gruchot Bd. 1 S. 157, vgl. R. G. Bd. 12 S. 275.

1) L. R. I, 4 §§ 31—51.

2) l. 24 § 5 D. quod metus causa 4, 2 Paulus: quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, Dernburg Pand. Bd. 1 § 103.

3) L. R. I, 4 § 42.

4) Herrschende Ansicht, vgl. Koch P. R. Bd. 1 § 104. Daß dies die Auffassung des Landrechts ist, darauf deuten §§ 31—33 a. a. O., nach welchen die Willenserklärung „unverbindlich" sein soll. Sie entspricht der im vorigen Jahrhundert bei Civilisten und Naturrechtslehrern herrschenden Ansicht, vgl. Unger a. a. O. Anm. 9 und 14. Wenn Eccius Bd. 1 § 29 Anm. 16 meint, mit dem Begriff der — relativen — Nichtigkeit sei unvereinbar, daß das Geschäft nachträglich durch Anerkennung rückwärts hin gültig werde, — vgl. folgende Anm. 5 — so irrt er.

relative, da der Zwingende aus dem eigenen Vergehen einen Grund zur Bekämpfung des Geschäftes keinenfalls ableiten kann.[5]

Demgemäß ist insbesondere der erzwungene Eigenthumsübergang nichtig, so daß dem Gezwungenen die Eigenthumsklage, auch gegen den Dritterwerber zusteht, soweit dieser nicht etwa durch den Glauben des Grundbuchs oder sonst durch redlichen Erwerb nach allgemeinen Grundsätzen geschützt ist. Der Gezwungene hat in gleichem Umfange auch eine — der römischen actio quod metus causa entsprechende — persönliche Klage, die er auf die Thatsache der Erpressung stützt und bei der er sein Recht an der erpreßten Sache nicht beweisen muß. Zur Nichtigkeit des Geschäftes genügt, daß eine ernst gemeinte Drohung subjektiv den Bedrohten eingeschüchtert hat, ohne daß, wie nach römischem Rechte,[6] gefragt wird, ob sich ein energischer Charakter durch dergleichen hätte bestimmen lassen.[7]

War der Drohende befugt, das Geschäft zu erzwingen, so ist es gültig.[8] Dagegen ist es ungültig, wenn man sich durch Drohungen mit Schritten, zu denen man befugt war, einen Vortheil verschafft, auf den man kein Recht hatte.[9]

E. Handlungen durch Bevollmächtigte.[1]

§ 113. Mittelbare und unmittelbare Stellvertretung.

1. Die Ertheilung einer Vollmacht zur Vollziehung von Rechtshandlungen an unserer Statt bedingt eine Art von Entäußerung der persönlichen

---

5) Vgl. L. R. I, 3 § 35. Daher das Geschäft durch Anerkennung Seitens des Gezwungenen geheilt werden kann L. R. I, 5 § 186. Die erzwungene Ehe ist „ungültig", sie wird durch sechswöchentliche Fortsetzung nach Aufhebung des Zwanges vollwirksam, unten Bd. 3 § 13 Anm. 15.

6) Vgl. auch R. G. in Strafsachen Bd. 21 S. 118. l. 6 D. quod metus causa 4, 2: metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadit. Das gemeine Recht steht auf demselben Boden wie das preußische, R. G. Bd. 10 S. 191.

7) L. R. I, 4 §§ 34. 36. 37. Sog. metus reverentialis wird auch nach Landrecht nicht berücksichtigt, vgl. I, 4 § 41.

8) L. R. I, 4 § 35 „die Drohung, Jemanden eines Verbrechens wegen mit oder ohne Grund gerichtlich angeben zu wollen, vereitelt in der Regel jede darauf erfolgte Willenserklärung des Bedrohten," vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 384. Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 97. Die Drohung, mein Haus an einen Interessenten zu verkaufen, falls mir mein Nachbar nicht 1500 Mark verspricht, ist dagegen nicht unrechtmäßig, es sei denn, daß Betrug durch falsche Mittheilungen unterläuft. L. R. I, 5 § 38.

9) Eine positive Bestimmung des preußischen Rechtes war nach L. R. I, 4 § 45 ff., daß der Gezwungene binnen 8 Tagen, nachdem er ein Gericht antreten konnte, unter Angabe der Beweismittel Anzeige von der erlittenen Gewalt machen sollte; die Folge der Unterlassung war aber nicht schlechthin Verlust des Rechtes, sich auf den Zwang zu berufen, sondern nur Ausschluß des Rechtes der Eideszuschiebung und Unstatthaftigkeit der Auflegung richterlicher Eide, so daß der Beweis in anderer Weise vollständig zu führen war. Mit dem Inkrafttreten der Reichsprozeßgesetzgebung ist diese Bestimmung beseitigt. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 14 unter 2.

Bestimmung über unsere Angelegenheiten und eine Durchbrechung des natürlichen Grundsatzes, daß nur den, welcher gehandelt hat, die Folgen seiner Handlungen treffen. Doch in einem entwickelten Verkehrsleben reicht die Kraft des Einzelnen nicht aus, um alle Verhältnisse seines Vermögens durch persönliches Handeln zu regeln. Daher wird es zur wirthschaftlichen Nothwendigkeit, sich die Intelligenz und die Thätigkeit Anderer behufs des Abschlusses von Rechtsgeschäften dienstbar zu machen, wobei der Vortheil eines durch unsere Organe erweiterten Wirkens den Nachtheil überwiegt, daß im Einzelfall der Bevollmächtigte vielleicht des Vertrauens sich nicht würdig zeigt.

Das römische Recht hatte für den Abschluß von Rechtsgeschäften die s. g. mittelbare Stellvertretung ausgebildet, bei welcher der Bevollmächtigte als Zwischenhändler zwar in eigenem Namen handelte und sich dem Dritten gegenüber persönlich berechtigte und verpflichtete, aber dem Vollmachtgeber die aus dem Geschäfte sich ergebenden Aktiven und Passiven in Rechnung zu bringen hatte. Um solchen Zwischenhändlern den zur Ausführung ihrer Geschäfte nöthigen Kredit zu verschaffen, gab das römische Recht denjenigen, mit denen sie auf Grund ihrer Vollmacht Geschäfte schlossen, Klageansprüche auch gegen deren Vollmachtgeber, insbesondere die actio exercitoria und institoria, so daß Letzterer neben den in seinem Auftrage handelnden Zwischenpersonen gleichsam als deren Bürge verpflichtet wurde. Seinerseits hatte der Vollmachtgeber keine unmittelbare Klage gegen den Dritten.

2. Auch das neuere Recht kennt, wie das römische, die mittelbare Stellvertretung, bei welcher der Beauftragte im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt. Namentlich der Kommissionär schließt in dieser Weise Handelsgeschäfte für Rechnung der Kommittenten ab.[2] Durch solche Geschäfte wird die Zwischenperson aber nach jetzigem Rechte allein den Dritten gegenüber verpflichtet, wie berechtigt.[3]

---

1) Das Landrecht behandelt die Lehre vom Geschäftsschluß durch Bevollmächtigte I, 13 §§ 5—227 in Verbindung mit der Darstellung der Rechte und Pflichten des Mandanten und Mandatars, welche dem Obligationenrechte — unten Bd. 2 § 180 — vorzubehalten ist. Uebrigens ist im Landrechte und hiernach auch im deutschen Handelsgesetzbuche Art. 41—56. 298 der Ausdruck Stellvertretung vermieden, vielmehr der Ausdruck Bevollmächtigung gewählt. Ueber preußisches Recht vgl. Gruchot Bd. 14 S. 322. Gemeinrechtliche Litteratur siehe bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 117 Anm. 1.

2) Handelsgesetzbuch Art. 360 ff. Vgl. unten Bd. 2 § 185.

3) Im Falle einer mittelbaren Stellvertretung kann der Vollmachtgeber nur auf Grund einer Cession aus dem Geschäfte klagen. Selbst nachdem ihm von dem Zwischenhändler die in seinem Auftrage gekaufte Sache übergeben ist, bedarf er zur Klage gegen die andere Geschäftspartei, z. B. wegen Gewährsmängel, der Cession. Umgekehrt kann der Vollmachtgeber, auch wenn er eine schriftliche Vollmacht ausgestellt hatte, von dem

Außerdem ist im neueren Rechte die unmittelbare Stellvertretung allgemein möglich geworden, der Art, daß der Vollmachtgeber unmittelbar diejenigen Rechte erwirbt, welche der Bevollmächtigte für ihn ausbedingt, und unmittelbar durch die Verpflichtungen gebunden wird, welche dieser für ihn übernimmt, der Bevollmächtigte selbst aber an den Wirkungen des Geschäftes nicht betheiligt wird.[4] Dies gründet sich darauf, daß es der Wille des Vollmachtgebers ist, welchen der Bevollmächtigte beim Abschlusse ausspricht, daß aber der Wille des Vollmachtgebers durch die Erklärung des Bevollmächtigten seine nähere Bestimmung und Gestaltung erhält.[5]

Im Falle der unmittelbaren Stellvertretung ist also der Geschäftsherr selbst der Kontrahent,[5] so jedoch, daß der Stellvertreter mit ihm nach Maßgabe seiner Vollmacht zusammen wirkt. Daher kommt die Handlungsunfähigkeit des Bevollmächtigten, z. B. dessen Minderjährigkeit oder Entmündigung wegen Verschwendung nicht in Betracht,[6] vielmehr ist entscheidend die allgemeine wie auch die besondere Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers, z. B. zur Aufnahme von Darlehnsgeschäften oder Eingehen von Wechselverpflichtungen. Nicht nach der Person des Bevollmächtigten ferner, sondern des Vollmachtgebers hat sich zu richten, ob ein Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Dagegen wird allerdings der Vollmachtgeber nicht gebunden im Falle des Wahnsinnes oder sinnloser Trunkenheit des Bevollmächtigten, da dieser in solchem Zustande nicht dem Sinne der Vollmacht gemäß abschließen kann. Die Fragen der Redlichkeit, des wesentlichen Irrthums endlich sind nach der besonderen Sachlage zu beurtheilen. Soweit die Gestaltung des Geschäftes auf Grund besonderer Anweisung des Geschäftsherrn geschah, ist dessen Wissen, Irrthum, Arglist oder Verschuldung entscheidend, soweit der Vertreter das Geschäft gestaltete, giebt dessen Kenntniß und Absicht den Ausschlag.[7] [8]

---

mit dem Zwischenhändler Abschließenden nicht verklagt werden, es sei denn wegen nützlicher Verwendung.

4) L. R. I, 13 § 1 drückt dies so aus: „Sachen und Rechte können auch durch Handlungen eines Dritten erworben werden."

5) Nach einer anderen Theorie ist der Stellvertreter der Kontrahent, aber die Wirkungen des Geschäftes betreffen bloß den Geschäftsherrn, s. g. Repräsentationstheorie.

6) L. R. I, 13 § 33 ff., vgl. l. 7 § 2 D. de inst. act. 14, 3.

7) Vgl. L. R. I, 13 § 32 ff.; auch Mitteis Stellvertretung 1885 und dort Citirte.

8) Anders und ohne diese Unterscheidung R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 965, R. G. Bd. 15 S. 266. — Ueber den Fall, in welchem Machtgeber und Bevollmächtigter über denselben Gegenstand Geschäfte schlossen, die nicht neben einander bestehen können, vgl. L. R. I, 13 § 86. Ein Beispiel ist, daß der Geschäftsherr sein Haus dem A., der Bevollmächtigte dasselbe Haus dem B. verkaufte. Natürlich sind beide Geschäfte verbindlich, es fragt sich aber, welcher Käufer die Auflassung des Hauses verlangen und

3. Auch das Landrecht erkennt die unmittelbare Stellvertretung grundsätzlich an. „Was der Bevollmächtigte — so bestimmt es I, 13 § 85 — zufolge des erhaltenen Auftrages mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre." Nicht minder schreibt es I, 13 § 153 vor: „Wer mit einem Bevollmächtigten kontrahirt hat, muß sich wegen Erfüllung des Vertrages in der Regel an den Machtgeber halten."

Es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Bevollmächtigte ausdrücklich als unmittelbarer Stellvertreter auftrat oder ob nach den Umständen dem Gegner erkennbar war, daß er in dieser Eigenschaft handeln wollte.[9] Jedoch finden sich zwei an römisches Recht anklingende besondere Sätze:

a) Hat Jemand, der zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt ist, in eigenem Namen, jedoch dem anderen Theil erkennbar in Amtsangelegenheiten abgeschlossen, so hat dieser die Wahl, ihn persönlich oder die Kasse beziehungsweise die Anstalt, welche er vertrat, zu belangen.[10] Das ist sehr wenig praktisch.

b) Der Bevollmächtigte kann in Abwesenheit des Machtgebers auf Vornahme von Handlungen verklagt werden, zu denen ihn sein Auftrag berechtigt.[11]

Nach Handelsrecht wird der Geschäftsherr schlechthin aus Geschäften seines unmittelbaren Stellvertreters allein berechtigt und verpflichtet, ohne Unterschied, ob derselbe Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder zu einzelnen Handelsgeschäften bevollmächtigt ist.[12]

Wer sich fälschlich als Bevollmächtigter ausgab oder seine Vollmacht überschritt, haftet dem getäuschten Dritten persönlich für Schadloshaltung.[13]

---

welcher sich mit Schadensersatze begnügen muß. In der Regel hat derjenige den Vorzug, welcher früher abschloß; vgl. aber L. R. I, 13 § 88.

9) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 24 S. 81 n. 20. Sollte der Bevollmächtigte aus einem solchen Geschäfte persönlich in Anspruch genommen werden, so hat er zur Abwendung der Klage zu beweisen, daß er als unmittelbarer Stellvertreter handelte und dies der andere Theil wußte oder hätte wissen müssen. Es genügt nicht, daß der andere Theil wußte, daß sein Mitkontrahent im Interesse eines Auftraggebers thätig sei. Die Frage ist eine thatsächliche. Ein Handlungsreisender z. B., der auf Kosten seines Principals reist, verpflichtet den Gastwirthen, Fuhrleuten und dergleichen Personen gegenüber nur sich selbst, nicht seinen Principal, auch wenn er erklärt, daß er auf einer Geschäftsreise für seinen Principal sich befinde. Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 7 S. 597. Durch die übernommenen Aufträge und Bestellungen dagegen verpflichtet er nur seinen Principal, auch wenn er sagt: „ich werde die Waare liefern."

10) L. R. I, 13 § 156, vgl. auch L. R. II, 8 §§ 541—544, dagegen L. R. I, 14 § 130.

11) L. R. I, 13 § 157.

12) Handelsgesetzbuch Art. 52. Unrichtig ist es, wenn Laband a. a. O. S. 217 behauptet, bei anderen Vollmachten, insbesondere zu einzelnen Handelsgeschäften — H. G. B. Art. 298, vgl. freilich 360 Abs. 3 — sei eine ausdrückliche Erklärung, daß das Geschäft für den Dritten geschlossen werde, nöthig.

4. Die Stellvertretung steht vorzugsweise für den Vermögensverkehr unter Lebenden offen.[14] Unzulässig ist die Errichtung von letztwilligen Verfügungen durch Bevollmächtigte. Auf dem Gebiete des Familienrechtes ist die Stellvertretung Ausnahme. Sie ist insbesondere bei der Eheschließung ausgeschlossen;[15] Abschluß eines Ehegelöbnisses durch einen mit der Wahl des Verlobten betrauten Agenten,[16] Bevollmächtigung zur Erklärung der Einwilligung in die Verheirathung eines Kindes ist unzulässig.[17]

§ 114. Die Bevollmächtigung und deren Erlöschen.

Die Stellvertretung gründet sich in der Regel auf eine Vollmacht, d. h. eine einseitige Willenserklärung des Geschäftsherrn, welche den Vertreter ermächtigt, an seiner Statt zu handeln.[1]

1. Der Umfang der Vollmacht bestimmt sich in der Regel nach dem ausgesprochenen Willen des Geschäftsherrn.[2] In einigen Fällen hat sie einen unabänderlichen gesetzlichen Umfang. Für manche Geschäfte, welche über die laufende Verwaltung hinausgehen, fordert das Gesetz specielle

---

13) Vgl. unten Bd. 2 § 16 bei Anm. 6.

14) Nur hierfür also gilt der Satz von L. R. I, 13 §§ 18. 85 und cap. 68 in 6^{to} de R. J. 5, 13 potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum. Auch bezüglich des Besitzes ist Stellvertretung möglich, vgl. unten § 154, 155 a. E.

15) Ueber die Unzulässigkeit der Eheschließung durch Stellvertreter vgl. Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 § 52. Bezüglich der nach dem Privatfürstenrecht möglichen Stellvertretung bei Schließung von Ehen der deutschen Landesherren, der Mitglieder ihrer Familien und des Hohenzollernschen Fürstenhauses entscheidet das Herkommen, Reichsgesetz § 72 Abs. 2. Heffter die Sonderrechte der souveränen Häuser Deutschlands S. 97.

16) Vgl. L. R. II, 1 § 85 bezüglich der „Aufnehmung" des Ehegelöbnisses vor Gericht oder Notar und die Ausnahme des § 87.

17) Ungültig ist hiernach die vom Ehemann einem Dritten ertheilte Vollmacht in denjenigen Angelegenheiten, in welchen zu Erklärungen der Ehefrau ehemännliche Zustimmung nöthig ist, diese zu ertheilen. Das Recht zu solcher Zustimmung ist an die Person des Ehemannes gebunden. Anders freilich das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 19 S. 95.

1) Ist eine Vollmacht an Mehrere zusammen ertheilt, so verbinden sie den Vollmachtgeber im Zweifel, nur wenn sie sammt und sonders handeln. Einer aber genügt, um dem Vollmachtgeber Rechte zu erwerben, L. R. I, 13 §§ 206—208. Nach R. C. P. O. § 80 dagegen sind mehrere Bevollmächtigte berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei im Prozesse zu vertreten, eine abweichende Bestimmung ist dem Gegner gegenüber unwirksam. — Mehrere Vollmachtgeber werden durch die Bevollmächtigung gemeinsam verpflichtet und zusammen berechtigt. L. R. I, 13 § 211, unten Bd. 2 § 180, vgl. aber H. G. B. Art. 269 unten Bd. 2 § 51.

2) Natürlich richtet sich hierbei Alles nach den Umständen des Falles. Es leuchtet daher ein, daß es ein Mißgriff ist, einzelnen bezüglichen Entscheidungen des Obertribunals hierüber die Bedeutung eines allgemeinen Grundsatzes beizulegen. So meint das Präjudiz 1450, die Vollmacht zum Abschluß von Kaufverträgen schließe die Ermächtigung zum Versprechen von Vertragstrafen ohne Specialvollmacht nicht in sich. Dies wird meistens zutreffen, kann indessen der Sachlage nach unrichtig sein, siehe Bd. 2 § 39. Vgl. auch unten Bd. 2 § 181. Ob der zum Verkauf Bevollmächtigte befugt war, besondere Versprechen bezüglich bestimmter Eigenschaften der Kaufsache zu geben, ist gleichfalls nach der besonderen Sachlage zu beurtheilen.

Vollmacht.[3] Solche wird namentlich verlangt zu Schenkungen, Vergleichen, Verzichten, Schiedsverträgen, zur Ableistung und Erlaß von Eiden, Veräußerungen jeder Art, Veräußerung und Erwerb von Grundeigenthum, Anträgen auf Eintragung sowie auf Löschung von Hypotheken, Empfangnahme von Sachen oder Geldern.[4]

Wo das Gesetz eine Specialvollmacht verlangt, ist nicht nothwendig, daß die Ermächtigung gerade auf das einzelne betreffende Geschäft lautet, es genügt vielmehr, daß die Vollmacht ausdrücklich zu der „Art" von Geschäften ermächtigt, unter welche dasselbe fällt. Dagegen reicht die allgemeine Formel, daß der Vollmachtträger zu allen Geschäften berechtigt sein soll, zu welchen das Gesetz Specialvollmacht fordert, nicht aus.[5]

Die Vollmacht giebt für die Regel dem Bevollmächtigten nicht die Ermächtigung, mit sich selbst Geschäfte zu schließen. Wohl aber ist eine solche Ermächtigung möglich.[6] Sie kann ausdrücklich sein, aber auch aus den Umständen erhellen.

2. Die Vollmacht muß schriftlich sein.[7] Auf Grund einer bloß mündlichen Vollmacht wird zwar der Vollmachtgeber durch die von seinem Bevollmächtigten in seinem Namen geschlossenen Geschäfte gegenüber der anderen Geschäftspartei unmittelbar berechtigt, aber verpflichtet wird er ihr unmittelbar nicht. Dies gilt auch bezüglich eines Betrages unter 150 Mark, trotzdem daß hinsichtlich dieses Betrages der mündliche Auftrag bindende Verpflichtungen zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten erzeugt.[8]

---

3) L. R. I, 13 §§ 99—110. Die römischen Bestimmungen, an welche sich diese Vorschriften anlehnen, bildeten nur Auslegungen des vermuthlichen Willens der Parteien, die durchaus biegsam und durch die thatsächliche Lage der Dinge bedingt waren. Im Landrechte sind sie zu bindenden Vorschriften geworden. Hinsichtlich der Vergleiche siehe oben § 83 Anm. 2.

4) Auch die Bevollmächtigung zur Ernennung eines Substituten durch den Bevollmächtigten muß ausdrücklich geschehen. L. R. I, 13 §§ 39. 40. Vgl. unten Bd. 2 § 181 bei Anm. 3.

5) Nach R. C. P. O. § 77 ermächtigt die Prozeßvollmacht nicht bloß zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen im weitesten Sinne, zur Bestellung von Vertretern und von Bevollmächtigten für die höheren Instanzen, sondern auch zur Beseitigung des Streites durch Vergleich, Verzichtleistung oder Anerkennung; nur bezüglich dieser Beseitigung des Streits ist Beschränkung der Vollmacht nach Außen zulässig. R. C. P. O. § 79.

6) Unten Bd. 2 § 181 Anm. 11.

7) L. R. I, 13 §§ 7—11. Gerichtlich oder notariell muß die Vollmacht ausgestellt oder doch beglaubigt sein, wenn auf Grund derselben gerichtliche Handlungen vorgenommen werden sollen. Vgl. L. R. I, 13 § 115 ff., aber auch Anh. § 45, wonach Kollegia und Institute, deren Beamte öffentlichen Glauben haben, Vollmachten mit gleicher Wirkung ausstellen können. Nach R. C. P. O. § 76 genügt für die Prozeßvollmacht Schriftlichkeit; auf Verlangen des Gegners aber muß sie notariell oder gerichtlich beglaubigt werden.

8) Nimmt der Bevollmächtigte einen ihm zugestellten schriftlichen Auftrag formlos an, so wird er nach L. R. I, 13 §§ 11 und 12 zur Ausführung des Auftrages dem Auf-

Schriftliche Vollmacht hingegen verbindet den Vollmachtgeber dem Dritten, welcher im Vertrauen auf sie abschloß, schlechthin.[9] Hat daher der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten in der Vollmacht nicht erwähnte einschränkende oder der Vollmacht zuwiderlaufende Anweisungen gegeben, sei es von vornherein, sei es nachträglich, sei es arglistig oder nicht, so können solche dem Dritten, welcher ohne sie zu kennen, im Vertrauen auf die Vollmacht handelte, nicht entgegengestellt werden.[10] Ihre Nichtbeachtung macht aber den Bevollmächtigten gegenüber dem Machtgeber verantwortlich.

Unmittelbare schriftliche Mittheilung des Machtgebers an den Dritten, welche diesen zum Abschluß mit dem Bevollmächtigten ermächtigt, ersetzt die schriftliche Vollmacht.[11] Auch bedarf es einer Schrifturkunde nicht, wenn der Fall einer gesetzlich vermutheten Vollmacht vorliegt.[12]

3. Die Vollmacht als Aeußerung persönlichen Vertrauens erlischt durch den Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten,[13] wenn

---

traggeber gegenüber verpflichtet, Eccius Bd. 2 § 141 Anm. 40, unten Bd. 2 § 180 bei Anm. 11.

9) Giebt der Bevollmächtigte Erklärungen an Stelle des Vollmachtgebers ab, welche die Lage des anderen Theiles ändern, z. B. Kündigungen, Mahnungen, Geltendmachung eines Wahlrechtes, so kann der Gegentheil Vorzeigung der schriftlichen Vollmacht, ja wenn dies zu seiner späteren Legitimation dem Vollmachtgeber gegenüber nothwendig erscheint, Aushändigung der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift der Vollmacht fordern, widrigenfalls die Erklärungen des Bevollmächtigten dem Dritten unnachtheilig sind. Vgl. L. R. I, 13 §§ 91. 140. 141. Die Erklärung ist ohne dies gültig, wenn die Vorzeigung der Vollmacht nicht gefordert wurde, vorausgesetzt, daß dieselbe bestand. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 22.

10) L. R. I, 13 § 93 ff. — Dies geht so weit, daß der gutgläubige Dritte selbst dann berechtigt wird, wenn das Gesetz zur Verpflichtung des Geschäftsherrn eine Specialvollmacht fordert, der Geschäftsherr aber seinem Vertrauensmanne ein Blanquet mit seiner Unterschrift zugestellt hatte und dieser Vertrauensmann das Blanquet durch eine Specialvollmacht nachher willkürlich ausfüllte, auf Grund deren er als Bevollmächtigter handelte, L. R. I, 13 §§ 148. 149.

11) L. R. I, 13 § 147. Mündliche Erklärung des Vollmachtgebers gegen den Dritten ist zwar an sich für den Vollmachtgeber unverbindlich. Jedoch treten, falls auf Grund einer solchen Erklärung der Dritte dem Bevollmächtigten etwas geleistet hat, dieselben Grundsätze ein, wie wenn der Vollmachtgeber dieses persönlich auf Grund eines bloß mündlichen Vertrages erhalten hätte, L. R. I, 13 §§ 148. 149.

12) Vgl. unten § 116 zu 2. Nach L. R. I, 13 § 130 gilt, wem eine Quittung anvertraut ist (soll wohl heißen, wer sie in Händen hat, deutsches H. G. B. Art. 296), als zur Zahlungsannahme bevollmächtigt, vgl. unten § 115 Anm. 7 und Bd. 2 § 93 bei Anm. 13. Der zum Verkauf von beweglichen Sachen Bevollmächtigte ist zum Empfange des Kaufpreises berechtigt, wenn er zur Uebergabe derselben in den Stand gesetzt ist, L. R. I, 13 § 131. Der Grundsatz kann aber nur gelten, wenn Zug um Zug, nicht wenn auf Kredit gehandelt werden sollte, vgl. Präj. des Obertribunals Nr. 1699, Koch Kommentar zu § 131 a. a. O. Zum Kreditiren ist ein Bevollmächtigter nur berechtigt, wenn er hierzu unmittelbar bevollmächtigt ist, L. R. I, 13 § 134, oder wenn das Kreditgeben bei den Geschäften, welche er auf Grund der Vollmacht schloß, gewöhnlich ist: L. R. I, 13 § 139; vgl. H. G. B. Art. 50, unten § 115 Anm. 7.

13) L. R. I, 13 § 186 ff. Eine Vermuthung, daß die Vollmacht den Tod des Machtgebers überdauere, findet sich bei kaufmännischen Geschäften und in

sie nicht auf die Erben des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten erstreckt ist,[14] oder einen erst nach dem Tode des Vollmachtgebers auszuführenden Auftrag enthält.[15] In gleicher Weise endigt die Vollmacht dadurch, daß einer von beiden Theilen völlig unfähig wird, selbst seinen Geschäften vorzustehen, sowie dann, wenn der Bevollmächtigte oder der Machtgeber in Konkurs geräth. Jedoch bindet das Geschäft, welches der Bevollmächtigte mit einem Dritten schloß, ehe dieser die Endigung der Vollmacht wegen Tod oder Unfähigkeit des Machtgebers erfahren hatte, den Vollmachtgeber oder dessen Erben.[16]

Die Vollmacht ist jederzeit — auch mündlich — widerrufbar, und zwar so, daß sich der Vollmachtgeber des Widerrufs nicht durch Vertrag begeben kann, da er durch solchen Verzicht an die Stelle eines ihm dienstbaren Gehülfen einen Herren setzen würde, von dem er seinerseits abhängig wäre.[17] Umgekehrt steht auch dem Bevollmächtigten das Recht der Aufkündigung frei.[18] Auch sie kann mündlich erfolgen.

Mit dem Rechte des Widerrufs kommt die Rücksicht auf gutgläubige Dritte in Widerstreit. Daher bestimmte der Entwurf des Gesetzbuches von

---

Prozeßangelegenheiten, H.G.B. Art. 54. 297, R.C.P.O. § 82, vgl. unten § 115 bei Anm. 10 und Bd. 2 § 183 zu 3.

14) Die Ansicht, wonach die Vollmacht auf die Erben nur erstreckt werden kann, „sofern die Ausführung des Auftrages bei Lebzeiten des Erblassers begonnen hat und nach seinem Tod nur fortgesetzt wird", halte ich nicht für richtig. Unter Anderem hat hieraus das Kammergericht gefolgert, daß die zu einer Auflassung ertheilte Vollmacht durch den Tod des Machtgebers auch dann erlösche, wenn darin ausdrücklich die Fortgeltung derselben nach dem Tode bestimmt ist. Entsch. des Kammergerichts Bd. 2 S. 75, vgl. Entsch. des O.Trib. Bd. 64 S. 78 ff., unten Bd. 2 § 183 Anm. 15. Hiernach würde u. A. die Vollmacht, bei einer Subhastation mitzubieten, erlöschen, wenn der Vollmachtgeber vorher verstürbe. Man verkennt, daß der deutsch rechtlichen Auffassung Bestellung von Mandataren für die Erben von jeher zulässig erschien, wofür die Institution der Testamentsvollstrecker spricht. Vgl. schon Glück Bd. 15 S. 336. Die Begründung der Gegenansicht aus L. R. I, 13 § 186 insbesondere aus den Worten „mit auf die Erben ausdrücklich gerichtet" erscheint gesucht. Das R. G. hat Entsch. Bd. 11 S. 115 nunmehr sich der hier vertretenen Ansicht angeschlossen.

15) So auch l. 12 § 17, l. 13 D. mandati 17, 1.

16) L. R. I, 13 § 200 ff. Das römische Recht erkannte den Satz, daß der gutgläubige Dritte durch Tod des Geschäftsherrn oder Widerruf der Vollmacht hinter seinem Rücken nicht leiden könne, unbedingt nur bei Zahlungen an den Geschäftsführer an, l. 34 § 3, l. 51 D. de solut. 46, 3, l. 41 D. de r. cred. 12, 1 neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret. Jedoch § 10 J. mandati 3, 26. Das preußische Recht hat diese Beschränkungen überwunden. Ueber den Fall des Konkurses siehe unten Bd. 2 § 118.

17) L. R. I, 13 § 159. Es genügt mündlicher Widerruf des Geschäftsherrn und mündliche Aufkündigung des Bevollmächtigten. Der Geschäftsherr hat die schriftliche Vollmacht nach dem Erlöschen des Auftrages zurückzuverlangen, L. R. I, 13 § 161. Ist dies unterblieben, so wird der Vollmachtgeber, da ihm Verschulden zur Last liegt, dem durch den Mißbrauch der Vollmacht getäuschten Dritten haftbar.

18) L. R. I, 13 § 159, vgl. unten Bd. 2 § 183 zu 2.

1787 unbedingt, daß der Widerruf einem solchen Dritten nicht schaden könne, welcher noch nachher auf Grund der schriftlichen Vollmacht gutgläubig abschloß. Das Landrecht hingegen erklärt das nach dem Widerruf geschlossene Geschäft nur dann als für den Vollmachtgeber verbindlich, wenn dieser dem Bevollmächtigten die Unterhandlung mit dem Dritten besonders aufgetragen hatte, oder davon wußte und es gleichwohl versäumte, dem ihm bekannten Dritten den Widerruf der Vollmacht anzuzeigen.[19] [20]

§ 115. Bevollmächtigung nach Handelsrecht.

Die handelsrechtliche Bevollmächtigung ist besonders geregelt. Namentlich genügt nach H. G. B. bloß mündliche Vollmacht für Geschäfte der Kaufleute, wie für Handelsgeschäfte auch von Nichtkaufleuten.[1] Den hieraus drohenden Gefahren begegnet zum Theil, daß die Vollmacht der Vertreter von Kaufleuten in der Regel, diejenige der Repräsentanten von Handelsgesellschaften durchgängig nach Außen hin gesetzlich bestimmt ist, wie denn auch die Vollmacht des Schiffers behufs Ausführung der Reise oder Erhaltung des Schiffes zur Verhaftung des Rheders mit dem Seevermögen gesetzlich festgestellt ist.[2]

a) Der Bevollmächtigte eines Kaufmannes, welchem „Prokura“ ertheilt ist,[3] „Prokurist“, wird durch dieselbe, ohne irgend welche sonst nach

19) L. R. I, 13 §§ 167. 168. Entw. Th. II, Abth. II, Tit. 10 § 126, Gesetzesrevision Pens. XIV S. 241. Simon und Strampff Zeitschrift Bd. 1 S. 55 ff. Wer sich also auf Grund einer Generalvollmacht in Unterhandlung einläßt, ist gegen die Gefahr, daß die Vollmacht, welche sich etwa noch in den Händen des Bevollmächtigten befindet, bereits widerrufen sei, nur gesichert, wenn er dem Machtgeber die Anknüpfung der Unterhandlung bekannt macht.

20) Für die Prozeßvollmacht bestimmt R. C. P. O. § 83, daß dem Gegner gegenüber die Kündigung der Vollmacht erst durch Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch Anzeige der Bestellung eines anderen Anwaltes Rechtswirksamkeit erlangt.

1) Da sich H. G. B. Art. 317 auch auf die ein Handelsgeschäft bloß vorbereitenden Rechtshandlungen bezieht, vgl. oben § 96 Anm. 17, so wird auch der Nichtkaufmann durch die von seinem Bevollmächtigten auf Grund bloß mündlicher Vollmacht abgeschlossenen Handelsgeschäfte dem Mitkontrahenten verpflichtet. Dies gilt z. B., wenn ein Gutsbesitzer seinem Verwalter mündliche Vollmacht zum Verkauf von Gutsprodukten an einen Kaufmann gegeben hat. So Striethorst Archiv Bd. 70 S. 64, R. O. H. G. Bd. 15 S. 258. 331.

2) Vgl. unten Bd. 2 im Sachregister unter „Vollmachtsauftrag“.

3) Vgl. H. G. B. Art. 41. R. G. Bd. 27 S. 39. Die Ertheilung von Prokura kann mündlich — R. O. H. G. Bd. 7 S. 59 — und stillschweigend, z. B. durch wissentliche Duldung der Prokurazeichnung eines Handlungsgehülfen geschehen. Die Ertheilung und das Erlöschen der Prokura soll in das Handelsregister eingetragen werden, H. G. B. Art. 45. Nur Vollkaufleute, unten Bd. 2 § 5 Anm. 10, sind zur Bestellung von Prokuristen fähig. Auch ein Vormund kann unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Prokura ertheilen, Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 42 Ziff. 11. Minderkaufleute sind zur Bestellung von Prokuristen nicht befugt, H. G. B. Art. 10; es liegt aber in solcher Bestellung die Ertheilung einer Handelsvollmacht, deren Um-

den Gesetzen erforderliche Specialbevollmächtigung zu bedürfen, zu allen durch den Betrieb eines Handelsgewerbes bedingten außergerichtlichen wie gerichtlichen Rechtshandlungen berechtigt. Zur Veräußerung und Belastung von Grundeigenthum wie zur Veräußerung des Geschäftes im Ganzen ermächtigt die Prokura nicht, zu Schenkungen nur insoweit, als sie aus geschäftlichen Rücksichten hervorgehen, zu Wetten und zu reinen Spielverträgen niemals.[4] Beschränkung des gesetzlichen Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber wirkungslos.[5] Wohl aber kann Prokura mehreren Personen gemeinsam ertheilt sein — Kollektivprokura — so daß sie nur durch übereinstimmende Erklärung den Geschäftsherrn verpflichten.[6]

b) „Handlungsbevollmächtigte" können sowohl für das ganze Handelsgewerbe, wie zu einer bestimmten Art von Geschäften, als auch für nur einzelne Geschäfte ernannt werden. Sie sind zu allen beim Betriebe des aufgetragenen Geschäftes gewöhnlichen Handlungen bevollmächtigt, ohne daß es einer Specialvollmacht bedarf.[7] [8] Zum Eingehen von

---

fang Thatfrage ist. Ueber die Bedeutung der Prokura vor dem H. G. B. ist zu vergleichen L. R. II, 8 § 498 ff.

4) H. G. B. Art. 42. R. O. H. G. Bd. 23 S. 28. Gerichtliche Zustellungen bezüglich des Handelsgewerbes können an den Prokuristen geschehen R. C. P. O. § 159. Es besteht keine besondere Form für die Vornahme einer Rechtshandlung durch den Prokuristen; H. G. B. Art. 44 beschreibt nur das Uebliche und ist ohne rechtliche Bedeutung; die Form der Zeichnung des Prokuristen zum Handelsregister bestimmt sich dagegen streng nach Art. 45 des H. G. B. Entsch. des Kammergerichts Bd. 11 S. 38. — Der Prokurist soll der Idee des Institutes nach wirklicher Bevollmächtigter sein. Dennoch findet sich eine Art von Prokuristen in rem suam, wenn die Gläubiger eines zahlungsunfähigen Kaufmanns sich durch Ertheilenlassen der Prokura Seitens ihres Schuldners die Verfügung über dessen Vermögen verschaffen, um die Befriedigung ihrer Ansprüche selbst herbeizuführen. Allein in der That ist die Durchführung von dem guten Willen des Schuldners abhängig, da dieser jeder Zeit die Prokura widerrufen kann und da ihm wenigstens nach der Ansicht, die wir für die richtige halten — vgl. oben § 73 zu 2 —, die Einmischung in seine Geschäfte nicht mit bindender Kraft entzogen werden kann.

5) H. G. B. Art. 43. Die Haftung des Prinzipals tritt selbst dann ein, wenn derselbe dem Dritten die Beschränkung der Vollmacht des Prokuristen, z. B. auf Kredit zu verkaufen, speciell mitgetheilt hat und der Dritte dennoch Geschäfte auf Kredit mit dem Prokuristen geschlossen hat, es liege denn dem Dritten betrügerisches Handeln zum Nachtheil des Prinzipals zur Last. R. O. H. G. Bd. 6 S. 135, vgl. Bd. 7 S. 403, Bd. 9 S. 431. Bedingte Prokura ist unzulässig, oben § 86 zu 3. Ueber die auf eine Zweigniederlassung beschränkte Prokura siehe Brendel bei Gruchot Bd. 33 S. 244.

6) H. G. B. Art. 41 Abs. 3. Die Gemeinschaftlichkeit bedingt nicht Gleichzeitigkeit der Erklärung. Zu Erwerb ohne Gegenleistung ist jeder einzelne Prokurist befugt; vgl. oben § 114 Anm. 1.

7) H. G. B. Art. 47. Der Umfang der Vollmacht richtet sich nach dem Verhältniß, wie es sich nach Außen in Folge des Thuns und Unterlassens des Principals darstellt, nicht nach den vom Principal dem Bevollmächtigten ertheilten Anweisungen, wenn diese der andere Theil nicht kannte und der Sachlage nach nicht kennen mußte; vgl. l. 11 § 22 ff. D. de inst. a. 14, 3. Wie weit dem Mitkontrahenten eine Pflicht der Erkundigung beim Principal oblag, richtet sich danach, wie sich ein ordentlicher Ge-

Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung sind sie aber ohne besondere, den gewöhnlichen Grundsätzen entsprechende Vollmacht nicht befugt.[9]

Was die Endigung der Prokura und der Handlungsbevollmächtigung betrifft, so liegt eine Besonderheit darin, daß sie mit dem Tode des Geschäftsherrn nicht endet, vielmehr im Interesse des Geschäftes für seine Erben fortbesteht.[10]

Das Erlöschen der Prokura schadet Dritten im Falle entschuldbarer Unkenntniß nicht. Hat der Dritte mit dem früheren Prokuristen verhandelt, ehe das Erlöschen der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister gebracht und öffentlich bekannt gemacht war, so ist ihm die Kenntniß zu beweisen; hat er hingegen erst nachher verhandelt, so liegt ihm ob, das unverschuldete Nichtkennen des Erlöschens der Prokura darzuthun.[11]

Die Vermuthung einer Vollmacht für den im Geschäft angestellten Handelsbevollmächtigten hört nur auf mit dessen Entfernung von der Stelle. Nur mit ihr erlischt die Vollmacht des Schiffers, nicht aber mit einer Veränderung in der Person des Rheders.

§ 116. Ersatz der Vollmacht.

1. Genehmigung Seitens des Vertretenen ersetzt den Mangel der Vollmacht, sei es, daß solche nie ertheilt war oder erloschen oder

---

schäftsmann im Fall benommen hätte. Besonders bestimmt Art. 50, daß wer in einem Laden oder offenen Magazin oder Waarenlager angestellt ist, für ermächtigt gilt, die in derartigen Geschäften gewöhnlichen Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen. Wer besondere Beschränkungen kannte oder kennen mußte, kann sich hierauf nicht berufen. Ueber das Recht zur Empfangnahme von Zahlungen — Art. 49 — vgl. unten Bd. 2 § 93 bei Anm. 13. Handlungsreisende werden wie zu Zahlungen, so auch zur Bewilligung von geschäftsüblichen Zahlungsfristen und auch zu kleineren Erlassen regelmäßig bevollmächtigt sein. Dies auch hinsichtlich der von ihren Vorgängern geschlossenen Geschäfte.

8) Ueber Agenten siehe unten Bd. 2 § 7 Anm. 7.

9) H. G. B. Art. 47 Abs. 2, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 455.

10) H. G. B. Art. 54. Bezüglich der Prokura ist dies zwingendes Recht, H. G. B. Art. 43. R. G. Bd. 27 S. 39. Wird das Geschäft veräußert, so wird der neue Principal durch die von seinem Vorgänger ertheilte Prokura nur verpflichtet, wenn er dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend erneuert. Es kann auf das Recht des Widerrufes dem Prokuristen gegenüber nicht verzichtet werden. Der Widerruf kann auch stillschweigend, z. B. durch Auflösung des Handelsgewerbes geschehen. Ueber die Wirkungen des Widerrufes siehe R. G. Bd. 22 S. 38.

11) H. G. B. Art. 46. Vgl. L. R. II, 8 § 530 ff. In der Vorschrift für den Prokuristen ist nur die Anwendung und besondere Ausbildung des allgemeinen Grundsatzes zu sehen, daß das Erlöschen der Vollmacht nach Handelsrecht gutgläubigen Dritten nicht schadet, wenn ihnen, resp. dem Publikum überhaupt die Vollmacht durch den Vollmachtgeber oder auch durch den Bevollmächtigten kundgethan war. Wer vertragsmäßig ein Recht auf besondere Anzeige des Widerrufes hat, dem schadet die Eintragung des Widerrufes nichts, wenn ihm nicht nachgewiesen werden kann, daß er denselben kannte.

überschritten ist.[1] Die Genehmigung kann dem Bevollmächtigten wie dem Dritten gegenüber ertheilt werden;[2] mündlich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen; sie liegt insbesondere in Aneignung der Vortheile des Geschäftes.[3] War Vollmacht ertheilt, aber überschritten, so muß der Geschäftsherr, wenn ihn der Bevollmächtigte oder der Dritte benachrichtigt hat, die Mißbilligung der Ueberschreitung seines Auftrages innerhalb der gesetzlichen Erklärungsfrist für die Annahme von Anträgen kund thun, widrigenfalls er für allen aus dieser Unterlassung entstandenen Schaden verantwortlich wird.[4]

2. Vermuthete Vollmacht haben gewisse dem Geschäftsherrn nahe verbundene Personen behufs unaufschiebbarer Geschäfte.[5] [6] Insbesondere haben solche Vollmacht Ehegatten, Ascendenten und Descendenten, Geschwister und Geschwisterkinder ersten Grades,[7] Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Schwäger, also auch Stiefeltern und Stiefkinder, ferner Miteigenthümer und Streitgenossen in Bezug auf die gemeinschaftlichen, Verwalter, Buchhalter, Hausofficianten in Bezug auf die anvertrauten Geschäfte. Wo das Gesetz Specialvollmacht fordert, tritt vermuthete Vollmacht nicht ein. Wenn die Vollmacht fehlte, gilt die Handlung des vermutheten Bevollmächtigten als durch den Vertretenen genehmigt, falls er sie auf erhaltene Nachricht, die ihm der Geschäftsführer zu machen hat, die aber auch von dessen

1) Der Dritte, welchem der Stellvertreter erklärt hat, für einen Anderen ohne dessen Vollmacht zu handeln, oder der wußte, daß die Vollmacht nur mündlich, also unzureichend war — oben § 114 zu 2 —, ist dem Vertretenen gegenüber so lange gebunden, bis dessen Erklärung einlaufen kann, wie wenn er dem Vertretenen eine Offerte gemacht hätte, vgl. Präj. des O. Trib. 1240. Aehnliches hat schon das römische Recht anerkannt, l. 24 D. de neg. gest. 3, 5. Erfolgt die Genehmigung nicht, so hat der Dritte, abgesehen natürlich von Betrug und der Rückforderung des im voraus Geleisteten, Ansprüche gegen den Geschäftsführer nur, wenn dieser ausdrücklich und schriftlich die Garantie für Genehmigung des Geschäftes übernahm. L. R. I, 13 § 150 ff.

2) R. G. Bd. 10 S. 259.

3) L. R. I, 13 § 142 ff., vgl. L. R. I, 5 § 189 oben § 81 Anm. 3. Die angezogenen Paragraphen sprechen dies zwar nur für den Fall einer Ueberschreitung der Vollmacht aus. Die Praxis des Obertribunals giebt ihnen aber eine größere Tragweite. Plenarbeschluß vom 22. April 1850, Präj. n. 2196. Entsch. Bd. 19 S. 29 ff.

4) L. R. I, 13 §§ 145. 146 hebt nur die Verantwortlichkeit „gegen den Dritten" hervor. — Genügt bloßes Schweigen im Fall der Kenntniß von Ueberschreitung der Vollmacht zur Annahme der Genehmigung? Es verneint R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 994. Bei Handelsgeschäften ist dies Thatfrage, oben § 94.

5) L. R. I, 13 § 119 ff. Vgl. unten Anm. 8. Vermuthete Vollmacht gilt nicht im Strafprozeß, Rechtsspr. d. R. G. in Strafs. Bd. 5 S. 778.

6) In Rom galt ähnliches bezüglich der Klageerhebung. l. 35 pr. D. de proc. 3, 3. l. 3 § 3 D. judicatum solvi 46, 7. l. 12 C. de procur. 2, 13.

7) Das römische Recht erwähnt von Seitenverwandten nur die fratres. Manche ältere Praktiker, z. B. Carpzov jur. for. p. I. const. 2 def. 29 ließen auch Verwandte dritten Grades, Andere auch Geschwisterkinder, also des vierten Grades, zu, was das Landrecht annahm, womit stillschweigend auch die Zulassung noch näherer Verwandter, also des dritten Grades, ausgesprochen ist. Dagegen freilich Koch zu § 119 d. T.

Mitkontrahenten ausgehen kann, nicht innerhalb der für Vertragsofferten bestimmten mit der Kenntnißnahme beginnenden Frist mißbilligt.[8]

Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft.[9] Das Geschäft wird demnach so gültig, wie wenn es von Anfang an auf Grund einer Vollmacht errichtet worden wäre. Natürlich ist aber, wenn die Vornahme eines Rechtsgeschäftes an eine Frist gebunden war, die Genehmigung vor Ablauf der Frist abzugeben, um gültig zu sein.[10]

3. Gesetzliches Vertretungsrecht haben in Folge ihrer Familienstellung Ehefrauen für ihre Ehemänner hinsichtlich der Ausgaben der Haushaltung, sowie sonst in Nothfällen.[11] Der Schiffer ferner, welcher ein Seeschiff führt, hat gesetzliche Ermächtigung, die Ladung oder Theile der Ladung zur Abwendung eines dieselbe treffenden Verlustes oder zur Fortsetzung des Transportes zu verpfänden oder zu veräußern.[12] Endlich werden juristische Personen durch ihre Vorsteher und Beamten, Bevormundete durch ihre Vormünder, minderjährige Hauskinder durch ihre Väter vertreten; s. g. gesetzliche Vertreter.[13] [14]

F. Auslegung der Rechtsgeschäfte.[1]

§ 117. Grundsätze.

Aufgabe der Auslegung ist es, den Willen der Parteien,[2] wie er sich in ihren Erklärungen verkörperte, aufzufinden und hiernach

8) Dies soll nach einer Entscheidung des Obertribunals, Entsch. Bd. 18 S. 207, nur dann gelten, wenn das Geschäft nicht aufschiebbar war, weil § 119 den vermutheten Auftrag auf Unaufschiebbarkeit beschränke. — Wer die Genehmigung behauptet, hat zu beweisen, daß es sich um Unaufschiebbares handelte. Doch vgl. R. G. Bd. 24 S. 84.

9) R. G. Bd. 6 S. 305. Sie ist eine Art von Anerkenntniß, siehe oben § 81 Anm. 3. Vgl. l. 25 in f. C. de don. i. v. et u. 5, 16. l. 12 § 4. D. de solut. 46, 3.

10) Dies entscheidet l. 24 pr. D. ratam rem 46, 8. Rückziehung kann hier nicht eintreten; denn es ist eine Anforderung bei jeder Frist, daß innerhalb derselben eine endgültige Erklärung erfolge. So wenig also eine bedingte Erklärung genügt (oben § 86 Anm. 9—12), ebensowenig kann eine von der Genehmigung des Geschäftsherrn ihrer Wirksamkeit nach noch abhängige hinreichen.

11) L. R. II, 1 §§ 202. 321. Vgl. unten Bd. 3 § 21.

12) H. G. B. Art. 504. 507. 634. 638, unten Bd. 2 § 193 bei Anm. 22. Diese Ermächtigung kann durch den Ladungsbetheiligten nach Außen hin nicht entzogen noch beschränkt werden, so lange er die Güter dem Schiffe beläßt.

13) Der Sequestor eines Gutes hingegen — unten § 353 bei Anm. 8 — ist nicht Bevollmächtigter des Schuldners. Daher der Schuldner aus den vom Sequester abgeschlossenen Dienstverträgen nach Aufhebung der Zwangsverwaltung nicht verhaftet ist.

14) Vgl. z. B. R. C. P. O. § 50.

1) L. R. I, 4 § 65 ff. I, 5 § 252 ff. Ueber die Auslegung letztwilliger Verordnungen vgl. unten Bd. 3 § 122.

2) Besonders ausgesprochen für Handelsgeschäfte im Art. 278 des H. G. B. Entgegengesetzte Grundsätze walten im Wechselrecht, vgl. unten Bd. 2 § 265.

den Sinn ihrer Worte zu erfassen, Lücken zu ergänzen, Undeutliches aufzuhellen.[3]

Hierbei hat sich der Interpret in die Zeit des Abschlusses des Geschäftes zu versetzen und sich die damalige Sinnesrichtung der Parteien zu vergegenwärtigen.[4] Dem Abschlusse vorhergehende Erklärungen — Traktate, Punktationen — können zur Auslegung dienen, insofern sie ein Licht auf die Absicht der Parteien beim Abschlusse des Geschäftes werfen, so daß jedoch die Möglichkeit einer Aenderung der ursprünglichen Ziele nicht außer Acht zu lassen ist. Dem Abschlusse nachfolgende Erläuterungen des Handelnden sind von Gewicht bei willkürlich widerruflichen Geschäften; bei nichtwiderruflichen Geschäften sind nur spätere Erläuterungen zu beachten, welche dem Erklärenden nachtheilig sind oder die von beiden Theilen ausgehen.[5] Häufig wird auch das lange Zeit Geübte als authentische Willenserklärung beider Theile zu berücksichtigen sein, vorausgesetzt, daß nicht bloß geschäftliche Kulanz oder Nachsicht, sondern der Wille, ihren Verpflichtungen nachzukommen, ersichtlich die Parteien bestimmte.[6]

Wie die zeitliche, so muß sich der Interpret die örtliche Umgebung des Geschäfts, insbesondere die Standes- und die gewerbliche Atmosphäre, in welcher die Geschäftsschließenden lebten, vor Augen halten.[7] Ist diese für die Geschäftsschließenden verschieden, so wird der Regel nach der Sprachgebrauch entscheiden, welcher im Kreise dessen herrschte, von welchem die Erklärung herrührte, da es Sache des anderen Theiles gewesen wäre, sich nach ihm zu erkundigen.[8]

3) Solcher Ergänzung steht L. R. I, 5 § 71 nicht im Wege, da es sich hier um Fälle handelt, in welchen der Wille vorhanden und nur die Erklärung unzureichend war.

4) L. R. I, 4 § 66. Vgl. l. 77 D. de c. e. 18, 1.

5) L. R. I, 4 § 71 spricht sich viel zu allgemein aus.

6) Vgl. R. G. Bd. 22 S. 55.

7) In diesem Sinne ist die „gewöhnliche" Bedeutung bei Auslegung der Erklärungen der Parteien zunächst zu Grunde zu legen L. R. I, 4 §§ 65. 66, vgl. l. 34 D. de R. J. 50, 17. Also nicht auf den Ort, an dem zufällig das Geschäft geschlossen wird, sondern auf den, an welchem die Parteien regelmäßig ihre Geschäfte treiben, wird es ankommen. Erforderlich ist in der Regel Wissenschaft beider Vertragsparteien vom Geschäftsgebrauch, doch können sie sich auch durch Vereinbarung ihnen unbekannten Geschäftsgebräuchen, z. B. eines fremden Börsenplatzes unterwerfen, oben § 108 Anm. 4. — Da die Auslegung der Geschäfte Sache des Richters ist, und er hierzu alle ihm zugänglichen Hülfsmittel verwerthen kann, so ist er befugt, von Amtswegen auf ihm bekannte Geschäftsgebräuche Rücksicht zu nehmen ohne Beweis zu erheben, wenn nur feststeht, daß die Parteien mit Beziehung auf den Geschäftsgebrauch handelten. Vgl. Gerichtsverfassungsgesetz § 118 bezüglich der Kammern für Handelssachen.

8) L. R. I, 4 §§ 67. 69. Vgl. auch Wächter Archiv für civilistische Praxis Bd. 19 S. 114 ff. Hat der andere Theil den Sprachgebrauch seiner Umgebung für den bestimmenden gehalten, und entstand in Folge dessen bei ihm ein wesentlicher Irrthum, so ist das Geschäft nichtig. — Dennoch kann Haftbarkeit wegen culpa in contrahendo eintreten. Vgl. jedoch Ihering Jahrb. Bd. 4 S. 72.

Hat Jemand seinen Willen durch einen Bevollmächtigten erklärt, so ist — wie das Landrecht richtig bestimmt — der Sprachgebrauch des Bevollmächtigten entscheidend, insofern derselbe sich nicht solcher Ausdrücke bedient hat, die vom Machtgeber bestimmt vorgeschrieben waren.[9] Im Falle der notariellen oder gerichtlichen Abfassung wird also in der Regel der Sprachgebrauch des Notars oder Richters bestimmend sein.[10]

Ist ein bestimmter Erfüllungsort festgestellt, so gelten hinsichtlich der Maß-, Gewichts-, Münz- und Zahlenverhältnisse in der Regel diejenigen Normen als in Bezug genommen, die an diesem Orte bestehen.[11] [12]

§ 118. Besondere Regeln.

Einzelne aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitete Regeln, welche das Landrecht nach dem Vorbilde des gemeinen Rechtes aufstellt, sind folgende.

Im zweifelhaften Fall ist eine Willenserklärung so zu deuten, daß sie nicht ohne alle Wirkung bleibt.[1] Es soll also von mehreren an sich zulässigen Auslegungen diejenige den Vorzug erhalten, nach welcher sie nicht bedeutungslos und sich widersprechend ist. Es beruht dies auf der Unterstellung überlegten Wollens der Parteien beim Geschäftsschluß.[2] Ebenso rechtfertigt die Unterstellung ernsten Vorbedachtes die gesetzliche Regel, daß, wer alle Gefahr übernimmt, selbst für ganz ungewöhnliche Zufälle zu haften hat[3]

---

9) L. R. I, 4 § 68. Auch für Handelsgeschäfte ist dies anzunehmen, R. G. Bd. 19 S. 36.

10) So auch Koch Kommentar zu L. R. I, 4 § 68.

11) L. R. I, 5 § 256 ff. I, 11 § 32. I, 11 § 779. I, 16 § 76. H. G. B. Art. 336. Unter Groschen sind im Zweifel Silbergroschen, nicht sogenannte Gutegroschen zu verstehen. K. O. vom 25. Oktober 1825.

12) Hinsichtlich der Auslegung gewisser zweifelhafter Ausdrücke, welche die Erfüllungszeit von Handelsgeschäften betreffen, stellt H. G. B. Art. 327 ff. Vermuthungen auf. Sie gelten nur für den Fall, daß die Parteien nichts anderes gemeint haben; doch sollen abändernde Auslegungen dieser Zeitbestimmungen, insoweit sie die Liquidationstermine der Börsengeschäfte betreffen, den Börsenordnungen vorbehalten bleiben, Art. 331. Damit ist gesagt, daß in diesem besonderen Falle im Interesse der Gleichförmigkeit und Sicherheit des Verkehrs auf abweichende Gebräuche und angebliche abweichende Parteiansichten keine Rücksicht genommen wird. Entsprechend nimmt man an, daß auch vom Gesetze nicht erwähnte Ausdrücke, z. B. ultimo, wenn sie sich auf die Liquidationstermine der Börsengeschäfte beziehen, wörtlich auszulegen seien, so daß z. B. der Beweis nicht zulässig ist, daß unter ultimo der vorletzte Tag des Monates dem Gebrauche nach von den Parteien verstanden worden sei, falls dies die Börsenordnung nicht bestimmt hat. Entsch. des O. Trib. Bd. 61 S. 189. Dagegen R. O. H. G. Bd. 4 S. 356.

1) L. R. I, 4 § 74. Vgl. R. O. H. G. Bd. 23 S. 328. l. 89 D. de V. O. 45, 1.

2) Diese Erwägung spielt auch bei L. R. I, 5 § 265 mit, — oben § 106 Anm. 8.

3) Die ältere gemeinrechtliche Theorie unterschied casus soliti, z. B. Mißwachs, insoliti, z. B. Feuerbrand, insolitissimi, d. h. solche, die man beim Geschäftsschluß schlechthin nicht voraussehen konnte, z. B. Erdbeben (Glück Bd. 4 S. 366). Die Mehrzahl der Schriftsteller (Glück Bd. 4 S. 392 n. 78, dagegen n. 79) nahm an, wer alle Gefahr übernehme, hafte nicht für die casus insolitissimi. Mit Recht verwirft dies das

Daß bei zweifelhaften Ausdrücken gegen die Partei auszulegen ist, welche ungewöhnliche Vortheile begehrt,[4] daß die Verpflichtung im Zweifel als die geringere gilt und dies namentlich bei wohlthätigen Verträgen,[5] ergiebt sich schon daraus, daß der Nachweis des größeren Umfanges des Rechtes, wie er dem diesen Begehrenden obliegt, in solchen Fällen nicht zu führen ist.[6]

Endlich soll, wer sich zweideutiger Ausdrücke bediente, die ungünstigere Auslegung erfahren.[7 8]

Zweites Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze über Verschuldung.

§ 119. Unfälle. Die Verschuldung.[1]

Unfälle, welche unsere Person und unser Vermögen betreffen, sind unser Schade, es bestünden denn besondere Gründe, um Ersatz für dieselben von Dritten zu beanspruchen.

Nach dem ausgebildeten römischen Rechte war die Verpflichtung zum Ersatz für Beschädigungen der Regel nach abhängig von Verschuldung, also rechtswidrigem Willen des Schädigers.[2] Damit ein Ersatzanspruch

---

L. R. I, 5 § 261 durch die Bestimmung: „Wenn ein Kontrahent alle Gefahr übernommen hat, so sind auch die ungewöhnlichsten Zufälle darunter zu verstehen.“ Die Ausgaben des Landrechts seit 1817 setzten jedoch die Worte „ungewöhnliche Zufälle“ an die Stelle der „ungewöhnlichsten“, so daß Koch mit Hülfe dieses Druckfehlers das Gegentheil aus diesem Paragraphen herausliest.

4) R. G. Bd. 20 S. 108. Auslegung zu Gunsten der naturalia negotii l. 11 § 1 D. de act. emti 19, 1.

5) L. R. I, 5 §§ 268. 269. l. 9. l. 34 D. de R. J. 50, 17. l. 47 D. de O. et A. 44, 7.

6) Ueber Auslegung im Fall der Benutzung von Formularen Striethorst Bd. 91 S. 87 und R. R. bei Gruchot Bd. 24 S. 478, bei Handels- und Schifffahrtsverträgen R. G. in Strafsachen Bd. 19 S. 278.

7) L. R. I, 5 § 266. Leyser spec. 41, m. 4. Vgl. l. 38 § 18. l. 99 pr. D. de V. O. 45, 1; ferner l. 39 D. de pactis 2, 14. l. 21. l. 33 D. de c. e. 18, 1, wonach gegen den Verkäufer und Vermiether, „welcher die Verkaufsbedingungen formulirte“, „quia clarius loqui debuit“ zu sprechen war. Vgl. hierzu L. R. I, 21 § 405. Dies hat das R. G. Bd. 10 S. 160 auf die Versicherungsbedingungen der Versicherten angewendet, vgl. unten Bd. 2 § 232 Anm. 35. — Verbreitete gemeinrechtliche Lehre ist außerdem, daß in Zweifelsfällen zu Gunsten der Freiheit, der dos, der Testamente zu sprechen sei. Das Landrecht erwähnt solche causae favorabiles mit Recht nicht.

8) Auch bei Handelssachen sind die gedachten Auslegungsregeln zu beachten. R. O. H. G. Bd. 14 S. 268.

1) L. R. I, Tit. 6, I, 5 §§ 277—291. Weiteres über Verschuldung siehe unten Bd. 2 § 67 ff., außerkontraktliche Verschuldung Bd. 2 § 294 ff.

2) Anders nach dem älteren römischen und dem altgermanischen Rechte. Vgl. Stobbe Beiträge zum Vertragsrecht Abh. 3 und d. P. R. Bd. 3 § 200 Ziff. 3. Ihering das Schuldmoment, Gießen 1867, S. 11.

eintrete, war also einmal erforderlich äußere Kausalität zwischen dem Unfall und der Handlung eines Dritten, nicht minder Zusammenhang zwischen dieser Thathandlung und einem Willensfehler des Handelnden.

Das preußische Recht theilt zwar diesen Standpunkt grundsätzlich. Doch hält es ihn keineswegs ausnahmslos fest. Auch ohne daß Verschulden vorliegt, macht es den Schädiger dafür haftbar, wo dies der Billigkeit und den socialen Verhältnissen entspricht.[3]

Demnach kann der Beschädigte, im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht, aber entsprechend der älteren germanischen Auffassung, im Falle einer Beschädigung durch Geisteskranke und Kinder von denselben trotz ihrer Unzurechnungsfähigkeit Ersatz seines unmittelbaren Schadens verlangen, falls der Schaden nicht anders beitreibbar, vorausgesetzt, daß dem Geisteskranken die Kosten seiner Erhaltung, dem Kinde auch die Mittel standesmäßiger Erziehung verbleiben.[4] Es ist dies entsprechend auf Unmündige und selbst auf solche Minderjährige, welche der Unmündigkeit noch nahe stehen, anzuwenden, falls denselben wegen mangelnder Einsicht die Zurechnungsfähigkeit im Einzelfalle fehlte.[5]

Hiervon abgesehen befreit Unzurechnungsfähigkeit von Verantwortung, es sei denn, daß sich der Handelnde absichtlich in den Zustand der Unfähigkeit versetzte, um die That zu begehen, in welchem Falle dessen Schuld hierin begründet ist.

Ueberwältigender Zwang schließt wie die Schuld, so auch die Schadensersatzpflicht des Gezwungenen aus.

---

3) So beim Bergbau, unten § 271 zu 2.

4) L. R. I, 6 § 41 ff. Ueber römisches Recht l. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2. l. 40 D. de R. J. 50, 17. Dagegen Sachsenspiegel II, Art. 65. Ueber das ältere gemeine Recht siehe Thibaut Beitr. Bd. 2 S. 210 ff. — Wie das Landrecht, so auch Oesterreich. bürg. G. B. §§ 1306—1310. Vgl. noch Thon Rechtsnorm S. 106 Anm. 71.

5) Dies ist bestritten. Viele behaupten, daß Unmündige über 7 Jahre für das Vermögensrecht schlechthin deliktsfähig seien. So u. A. Heydemann Bd. 1 S. 302. Die Zurechnungsfähigkeit ist aber eine natürliche Thatsache, welche je nach der besonderen Lage der Verhältnisse und nach der Reife des betreffenden Schädigers bald anzunehmen, bald zu verneinen ist. So macht auch das römische Recht den Unmündigen, welcher sich der Mündigkeit nähert, nur verantwortlich „si admisit, quae non magnam machinationem exigunt", l. 14 D. de dolo 4, 3. Ist nun der Minderjährige im besonderen Fall noch nicht zurechnungsfähig, so wird er doch in dem Grade wie ein Kind verhaftet sein. — Nach dem deutschen Strafgesetzbuche § 56 ist von strafrechtlicher Verschuldung freizusprechen, wer das achtzehnte Jahr noch nicht vollendet hat, wenn er die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der begangenen konkreten Handlung erforderliche Einsicht nicht besaß. Personen, die das zwölfte Jahr noch nicht vollendet haben, können nach Strafgesetzbuch § 55 nicht strafrechtlich verfolgt werden; sie können aber, in Gemäßheit des Gesetzes vom 13. März 1878 über die Unterbringung verwahrloster Kinder, auf Grund eines Beschlusses des Vormundschaftsgerichts zur Erziehung in Familien oder Anstalten untergebracht werden.

Wer ferner den Befehlen eines Vorgesetzten gehorcht, gilt als unfrei und um deswillen ohne eigene Verantwortung, wenn er dem Befehle nach der staatlichen Ordnung zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet war.[6] Aber auch hiervon abgesehen, kann der Untergebene den Vorwurf eigenen Fehls ablehnen, wenn er der höheren Sachkenntniß und Einsicht seines Vorgesetzten vertrauen durfte. In ähnlicher Weise kann selbst bei rein privatrechtlichen Auftragsverhältnissen der Beauftragte[7] dem Vorwurfe der Schuld durch die Anführung begegnen, daß er im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des Auftraggebers dessen Anweisungen in gutem Glauben folgte.[8]

Von Schadensersatz frei ist ferner, wer sich seines Rechtes innerhalb der gesetzlichen Schranken bedient, auch wenn er hierdurch einen Andern benachtheiligt hat, er habe denn aus bloßer Chikane gehandelt.

Nicht schadensersatzpflichtig ist auch, wer in gerechter Selbstvertheidigung oder um höherer Interessen willen Anderen Schaden zufügt, so daß ihn der Vorwurf einer Verschuldung nicht treffen kann.

Gerechte Selbstvertheidigung liegt nicht bloß vor, wenn „Nothwehr" nach dem Begriff des Strafgesetzbuchs § 53 bestand, d. h. wenn man handelte, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Andern abzuwenden. Man darf sich auch gegen Angriffe vertheidigen, welche nicht auf einer Verschuldung beruhen, z. B. fremde Thiere tödten, die uns angreifen oder gefährden. Selbst bei Angriffen von Thieren gegen unsere Sachen darf man sich geeignetenfalls durch deren Tödtung sichern.[9] [10]

Ebensowenig ist man bloß bei Nothstand im Sinne des Strafgesetzbuchs § 54, d. h. einer Gefährdung für Leib oder Leben des Thäters oder eines seiner Angehörigen zur Zerstörung von Sachen Dritter behufs der Errettung aus einer Gefahr befugt. Wer z. B. ein ausgebrochenes wildes Thier niederschießt, um das Leben einer ihm fremden Person zu retten, handelt ohne Verschulden und ist nicht schadensersatzpflichtig, wenn dies den Umständen nach das geeignete Mittel bei richtiger Abwägung des Verhältnisses war.

---

6) L. R. I, 6 §§ 45—49. R. G. Bd. 18 S. 264.

7) L. R. I, 6 § 50 ff., l. 11 § 4 D. de injuriis 47, 10. l. 1 § 13 D. de vi 43, 16.

8) Z. B. ein Knecht holt im Auftrage seines Herrn Streu aus dem benachbarten fremden Forste, da sein Herr hierzu berechtigt zu sein behauptet. Inwieweit in solchen Fällen die Besitzklage gegen den Beauftragten zulässig ist, ist später — § 159 — zu erörtern. — Andererseits vgl. Entsch. des Kammergerichts Bd. 9 S. 224. Siehe ferner R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 695.

9) L. R. I, 6 §§ 36. 37, oben § 35 Abs. 2.

10) Vgl. L. R. I, 9 § 155. Nach L. R. I, 9 § 189 darf der Fischereiberechtigte auf Privatgewässern, an denen er das Fischereirecht hat, sich einfindende Enten tödten. Eccius Bd. 1 S. 238.

11) Auch im Fall der Ueberschreitung der Nothwehr wird man sich nicht ohne Weiteres an die Bestimmung von Strafgesetzbuch § 54 zu halten haben, wonach

§ 120. Grenze und Gründe der Verschuldung.

Jede Verschuldung beruht auf einem Fehler des Willens des Schuldigen. Derselbe setzt sich entweder in einen absichtlichen Gegensatz zum Rechte (Arglist, Vorsatz, dolus), oder er versäumt diejenige Anspannung geistiger Kräfte, welche er im gegebenen Falle hätte aufwenden sollen (Versehen, Fahrlässigkeit, culpa).

Ob und wann ein Versehen vorkam, ist im Einzelfall nach der Erfahrung des Lebens zu entscheiden. Nur aus der Anschauung aller besonderen thatsächlichen Umstände und allseitiger Würdigung der rechtlichen Verhältnisse läßt sich erkennen, ob das Verhalten einer Person ein entsprechendes oder ein schuldhaftes war. Ort, Zeit, Verkehrssitte, Uebung der Berufs- und Standesgenossen werden das Urtheil bedingen und oft dem äußerlich ähnlichen Thatbestande einen verschiedenen Charakter verleihen.[1]

Die ältere gemeinrechtliche Theorie[2] suchte nach Formeln, welche feste Maßstäbe abgaben, um den Grad der bei einzelnen Rechtsverhältnissen nothwendigen Anstrengung zu messen. Dafür schien aber die Unterscheidung zweier Grade der Schuld, der schweren und der leichten, womit man sich in Rom begnügte, nicht auszureichen. Deshalb unterschied man drei Grade der Schuld. So auch das Landrecht.

a) Grobes Versehen soll sein, was bei gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit,

b) mäßiges Versehen, was bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit,

c) geringes Versehen, was nur bei vorzüglichen Fähigkeiten oder bei einer besonderen Kenntniß der Sache oder des Geschäftes oder durch ungewöhnliche Anstrengung der Aufmerksamkeit vermeidbar war.[3]

In der Regel haftet man nach Landrechte für mäßige Verschuldung. Geringes Versehen vertritt man nur dann, wenn die Gesetze hierzu besonders verpflichten, so bei Sach- und Kunstverständigen, ferner bei demjenigen Geschäftstheil, zu dessen alleinigem Vortheil das Geschäft gereicht,

---

sie straflos ist, wenn der Thäter in Bestürzung, Furcht und Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausging. Man hat vielmehr auch hier nur zu fragen, ob nach den Normen des Civilrechts im gegebenen Falle eine zurechenbare Schuld des Thäters bei Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr vorliegt. Vgl. R. G. Bd. 21 S. 295.

1) Mit der heutzutage so beliebten Formel, daß man für die diligentia diligentis patris familias, l. 31 D. de ad leg. Aquil. 9, 2. l. 11 D. de per. et com. 18, 6 oder für die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters oder Kaufmanns einzustehen habe, ist an sich nichts gewonnen. Es bleibt immer die Frage, ob ein Versehen vorliegt oder nicht, aus den besonderen Verhältnissen zu beantworten.

2) Vgl. Glück Bd. 4 S. 346 ff.

3) L. R. I, 3 § 18 ff., vgl. II, 18 §§ 275. 276.

und bei unredlichen Besitzern. Verpflichtungen, die man ohne Entgelt übernahm, machen nur für grobes Versehen verantwortlich.[4]

Zuweilen wird für die Frage der Verantwortlichkeit ein relativer Maßstab angelegt, indem nicht ein objektiv korrektes Verhalten, sondern nur diejenige Sorgfalt verlangt wird, welche die Person, um deren Haftbarkeit es sich handelt, in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[5]

Neuere Gesetze haben das landrechtliche System der drei Grade der Verschuldung verlassen, indem sie außer der groben Verschuldung nur leichte kennen, welche sie als Mangel der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters oder Kaufmanns oder schlechthin als Fahrlässigkeit bezeichnen. So das Handelsgesetzbuch, die Gesetze über Urheberrechte, die Vormundschaftsordnung.[6]

§ 121. Umfang der Haftbarkeit.

1. Ersatz eines Schadens kann man nur soweit in Anspruch nehmen, als er nachweisbar Folge des Ereignisses ist, für welches man einzustehen hat, soweit also die Kausalität besteht.

Dabei sind zu unterscheiden:

a) unmittelbare Folgen, welche gemäß des gewöhnlichen Laufes der Dinge aus dem betreffenden Ereignisse zu entstehen pflegen, und mittelbare, welche nur aus dem Zusammentreffen desselben mit einem anderen Ereignisse oder einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit entstanden sind,[1] [2]

---

4) L. R. I, 3 § 23. I, 5 §§ 277—280.

5) Es werden hierdurch die im Allgemeinen gestellten Anforderungen zwar eingeschränkt, aber nicht gesteigert. Vgl. übrigens L. R. I, 13 §§ 55. 56. I, 14 §§ 11. 12. I, 17 § 211. II, 1 §§ 554. 555. l. 1 pr. D. tut. 27, 3. l. 72 D. pro socio 17, 2.

6) Nach H. G. B. Art. 282 hafiet, wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, zur Sorgfalt verpflichtet ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Dies nach Maßgabe des Geschäftes und Standes, welchem der Verpflichtete angehört. In entsprechender Weise wird die Verschuldung des Kommissionärs Art. 361, Spediteurs Art. 380, Frachtführers Art. 397. 399, Korrespondentrheders Art. 464, Schiffers Art. 478 normirt; vgl. noch weiter Art. 344. Das Gesetz über das litterarische Urheberrecht vom 11. Juni 1870 § 18 und die nachgebildeten Gesetze kennen nur „Vorsatz und Fahrlässigkeit". Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 32 läßt den Vormund haften „für die Sorgfalt, welche ein ordentlicher Hausvater in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt".

1) L. R. I, 3 §§ 4—6. I, 6 § 2 unten Bd. 2 § 76.

2) Der Rechtszusammenhang besteht auch dann, wenn der schädliche Erfolg erst durch die freie Handlung eines Dritten oder des Beschädigten selbst, ja dessen Unvorsichtigkeit herbeigeführt wird, z. B. A. stellt eine mit Gift angefüllte Weinflasche in eine Wohnstube, B. trinkt sie unvorsichtigerweise aus. Nach dieser Auffassung haftet auch der Dieb für den Ersatz des auf seine Entdeckung gesetzten Preises, da in dieser Aufwendung ein mittelbarer Schaden des Bestohlenen liegt. Doch sind Viele in diesen und ähnlichen Fällen anderer Ansicht, weil die freie Handlung des Bestohlenen den Dieb nicht verpflichten könne.

b) wirklicher Schaden — unmittelbarer und mittelbarer —, welcher den bestehenden Zustand verschlechtert, und entgangener Gewinn, wenn Vortheile, welche zu erwarten waren, vereitelt werden.

Dieser Gewinn darf ein nicht bloß möglicher sein. Vielmehr soll nur auf Vortheile Rücksicht genommen werden, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder der Geschäfte des bürgerlichen Lebens oder vermöge schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen mit Grund erwartet werden konnten.[3]

2. Das Gesetz kann vorschreiben, daß der Schädiger für alle Folgen haftet, ohne daß es nach dem Grunde seiner Haftpflicht unterscheidet. Doch ein geringer Fehler, für den er einzustehen hat, kann danach den Thäter unverhältnißmäßig schwer belasten. Dabei ist zu bedenken, daß man bei der Bemessung des Schadens in der Regel mit mehr oder minder ungewissen Faktoren zu rechnen hat. Denn mit Sicherheit läßt sich selten feststellen, wie die Verhältnisse sich gestaltet hätten, wenn ein schädigendes Ereigniß nicht eingetreten wäre, meist ist in dieser Hinsicht nur größere oder geringere Wahrscheinlichkeit zu erzielen. Es ist daher zweckmäßig, daß man sich bei der Beurtheilung eines durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit verursachten Schadens mit geringerer Wahrscheinlichkeit begnügt, als wenn man es nur mit mäßiger oder geringer Schuld zu thun hat.

3. Von diesen Grundgedanken geht das Landrecht aus.[4] Doch ist deren Durchführung kasuistisch und zum Theil kleinlich.

Es bestimmt, daß man für Folgen, welche der Beschädiger schlechthin nicht voraussehen konnte, als im Rechtssinn zufällige nicht einstehe.[5] Der Uebertreter von Verbotsgesetzen haftet jedoch auch für zufällige Folgen der Uebertretung.[6] [7] Wichtiger ist, daß das Landrecht, auch hierin sich älterer Theorie anschließend,[8] das Maß der Haftbarkeit nach dem Grade der Verschuldung schematisch abstuft. Wem Vorsatz oder grobes Versehen zur Last liegt, haftet für den mittelbaren wie den unmittelbaren Schaden und für entgangenen Gewinn, er hat nach dem gesetzlichen Ausdrucke vollstän-

---

3) L. R. I, 6 §§ 5 und 6, siehe unten Bd. 2 § 76.

4) Ueber das gemeine Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 2 § 44 ff.

5) L. R. I, 6 § 4, vgl. I, 3 § 11. Gemeinrechtlich bestritten; dagegen Mommsen Beiträge Bd. 2 S. 165—171, dafür Jhering das Schuldmoment S. 55 ff.

6) L. R. I, 6 § 16. I, 3 § 13. Der Dieb z. B. oder wer feuerfangende Sachen in polizeilich verbotener Weise aufbewahrt.

7) Auch der unredliche Besitzer L. R. I, 7 §§ 241. 242, ferner wer die geliehene Sache eigenmächtig zu anderem als dem bestimmten Zwecke gebraucht, I, 21 § 251, wer die Pfandsache eigenmächtig afterverpfändet I, 20 § 131.

8) Glück Bd. 4 S. 446 ff.

dige Genugthuung oder das „Interesse" zu leisten.[9] Wem mäßiges Versehen zur Last fällt, haftet nur für den wirklichen Schaden[10] und für den Gewinn, welchen der Beschädigte nach dem objektiven Laufe der Dinge gemacht hätte, nicht aber für den, welcher bloß nach dessen subjektiven Verhältnissen zu erwarten war.[11] Wem endlich nur geringes Versehen beizumessen ist, haftet der Regel nach nur für den unmittelbaren Schaden.[12]

4. Das Handelsgesetzbuch bestimmt, ohne zu unterscheiden, daß, wer aus Handelsgeschäften Schadensersatz zu fordern hat, Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinnes verlangen kann.[13]

---

9) L. R. I, 6 §§ 7. 10. I, 5 §§ 286. 287, vgl. auch unten Bd. 2 § 74 bei Anm. 6. — Im Fall vorsätzlicher Begehung einer objektiv widerrechtlichen Handlung ist das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit zur Begründung des Schadensanspruchs nicht erforderlich, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 945.

10) L. R. I, 6 § 12. I, 5 § 288. Sach- und Kunstverständige haben bei ihren Verpflichtungen aus Verträgen das ganze Interesse auch bei geringem Fehler zu ersetzen.

11) Diese Erweiterung der Haftpflicht findet sich jedoch nur L. R. I, 6 § 13 erwähnt, keineswegs aber bei den Verpflichtungen aus Verträgen hervorgehoben I, 5 § 288. Siehe jedoch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 939.

12) L. R. I, 6 § 15.

13) H. G. B. Art. 283. Die Vorschrift findet Anwendung bei der Ausmessung des Schadens auf Grund eines Handelsgeschäfts, gleichviel, ob die Ersatzpflicht auf einer speciell handelsrechtlichen Norm oder auf einem Grundsatz des bürgerlichen Rechtes beruht. So R. O. H. G. Bd. 14 S. 20.

Vierter Abschnitt.

Der Rechtsschutz.

I. Außergerichtliche Mittel.

§ 122. Selbsthülfe. Polizeiliche Hülfe.

1. Die Selbsthülfe, d. h. eigenmächtige Anwendung von Zwangsmitteln zur Verwirklichung eines Rechtes ist auch in geordneten staatlichen Zuständen nicht ganz entbehrlich. Doch muß sie der Staat auf Fälle der Nothwendigkeit zurückdrängen, denn leicht knüpfen sich an sie Ausschreitungen, welche die öffentliche Ordnung gefährden. Auch kann sie zum bequemen Vorwand für Willkür und Gewalt werden.

Das Landrecht, auf dem Standpunkt des Polizeistaates stehend, suchte die Selbsthülfe möglichst einzugrenzen. Es belegte daher Jeden, der „mit Vorbeigehen der Obrigkeit sich selbst ohne besondere Zulassung der Gesetze Recht zu verschaffen sucht", mit öffentlicher Strafe, denn man erachtete die Selbsthülfe als eine Beleidigung des Staates.[1]

Selbsthülfe und zwar nicht bloß Selbstvertheidigung, sondern auch eigenmächtige Selbstbefriedigung wurde nur für den Fall erlaubt, daß die Hülfe des Staates zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde.[3] Unter dieser Voraussetzung

---

1) L. R. Einl. § 77. II, 20 § 157.

2) Dem L. R. blieben die römischen Privatstrafen der Selbsthülfe fremd. Es kennt daher namentlich nicht den durch das decretum divi Marci bestimmten Verlust der Forderung wegen eigenmächtigen Zwangs gegen den Schuldner zur Schuldzahlung oder wegen eigenmächtiger Wegnahme von Befriedigungsmitteln.

3) L. R. Einl. § 78. Besondere Fälle sind das Abholen eines hinübergeflogenen Bienenschwarmes aus fremdem Grundstück, sowie der bei hohem Wasser oder bei Dammbruch ausgetretenen Fische L. R. I, 9 § 122, § 178, was Förster-Eccius Bd. 3 § 170 zu einem eigenen „Betretungsrecht" gestalten wollen. Vgl. l. 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42, 8. — Ist der Schaden schon dann unwiederbringlich, wenn man sich zwar ohne Selbsthülfe den bedrohten Gegenstand nicht in natura erhalten konnte, die Beitreibung einer Entschädigung aber voraussichtlich möglich war? Unwiederbringlichkeit liegt auch hier vor, da die Entschädigung doch nur Ersatz der unwiederbringlich verlorenen Sache ist, vgl. noch R. G. in Strafsachen Bd. 19 S. 77.

insbesondere steht dem Besitzer und Inhaber zu, behufs Vertheidigung seines Besitzstandes Gewalt mit Gewalt abzuwehren; auch ist die eigenmächtige Entsetzung des Inhabers durch denjenigen gestattet, in dessen Namen er besitzt, insofern sie ohne Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit und ohne Verletzung anderweiter Gerechtsame des Inhabers geschieht.[4]

2. In dem preußischen Strafgesetzbuche von 1851 und dementsprechend im deutschen Strafgesetzbuche hat man die öffentlichen Strafen, welche auf die Selbsthülfe als solche gesetzt waren, fallen lassen. Wer Selbsthülfe übt, verfällt hiernach nur bei Anwendung strafbarer Mittel in Strafe. Dennoch hat die Unterscheidung der erlaubten oder unerlaubten Selbsthülfe noch Bedeutung. Unerlaubte Selbsthülfe kann je nach der Weise, in welcher sie geübt wird, als Körperverletzung, Hausfriedensbuch, Sachbeschädigung, Betrug[5] und nach der herrschenden Meinung selbst als Diebstahl[6] strafbar werden. Selbsthülfe dagegen, welche sich innerhalb der Grenzen des Erlaubten hält und keine Ueberschreitungen mit sich führt, ist niemals Vergehen,[7] da für alle Vergehen die Widerrechtlichkeit ein wesentliches Moment des Thatbestandes ist und die Erlaubtheit der Handlung jede kriminalrechtliche wie die civilrechtliche Verantwortlichkeit ausschließt.

---

4) L.R. I, 7 §§ 142. 144. 145. Die Selbsthülfe wird dem Besitzer verstattet gegen den „bloßen" Inhaber, z. B. gegen den Verwalter seines Gutes, gegen Dienstleute, denen er Werkzeug anvertraut hat. So steht auch dem Ehemann die Wegnahme von Wirthschaftssachen zu, mit denen sich seine Frau eigenmächtig entfernte. Gegen den unvollständigen Besitzer, z. B. den Miether während der Miethzeit, steht dem vollständigen Besitzer Selbsthülfe nicht offen. Ueber die Zeit nach Ablauf der Miethe siehe unten § 155 zu 4, bezüglich des Zurückhaltungsrechts des Pächters unten Bd. 2 § 169.

5) Ein Beispiel giebt R. G. in Strafsachen Bd. 1 S. 55, wo ein Gläubiger sich durch falsche Vorspiegelungen von seinem Schuldner Deckungsmittel für eine künftig fällige Forderung verschaffte und dieser darauf in Konkurs verfiel.

6) Nach dem Strafgesetzbuch § 242 ist Dieb „wer eine fremde bewegliche Sache einem Andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen." Wer also in erlaubter Selbsthülfe handelt, ist kein Dieb; ist aber Dieb, wer unerlaubter Selbsthülfe sich schuldig macht? Allerdings hat das Strafgesetzbuch in den Diebstahlsbegriff das Erforderniß des animus lucri faciendi nicht besonders aufgenommen. Aber daraus darf nicht gefolgert werden, daß der Begriff des Diebstahls nun bloß aus den wenigen verfänglichen Worten des § 242 des Strafgesetzbuches zu entnehmen, daß der volksmäßige und historische Begriff nunmehr pro nihilo sei. Dennoch hat das R. G. Entsch. in Strafsachen Bd. 1 S. 193 unerlaubte Selbstbefriedigung als Diebstahl aufgefaßt, dagegen aber freilich die Wegnahme von Geld für eine begründete Geldforderung, ohne zwischen erlaubter und unerlaubter Selbsthülfe zu unterscheiden, nicht als Diebstahl angesehen, Bd. 2 S. 184.

7) Allerdings wird das Erforderniß der Widerrechtlichkeit beim Hausfriedensbruche meistens dahin interpretirt, daß jedes Eindringen gegen den Willen des Inhabers der Wohnung als widerrechtlich anzusehen sei. Es sind aber Fälle erlaubter Selbsthülfe auszunehmen, denn die Widerrechtlichkeit ist zu beurtheilen nach der Gesammtheit des öffentlichen und des Privatrechts des Landes. Grundsätzlich einverstanden selbst für den Fall thatsächlichen Irrthums R. G. in Straff. Bd. 16 S. 153. — Vgl. auch das. Bd. 19 S. 77, siehe auch das. Bd. 7 S. 64.

3. Ersatz für die Selbsthülfe bietet unter Umständen das Einschreiten der Polizei, welches einzutreten hat zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung und zur Abwendung einer dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben drohenden Gefahr.[8]

Im besonderen hat nach der Gesindeordnung die Polizei Gesinde, welches den Dienst vor Ablauf der Dienstzeit ohne gesetzliche Ursache verläßt, durch Zwangsmittel zur Fortsetzung des Dienstes anzuhalten. Umgekehrt soll auch die Herrschaft im Falle ungegründeter Entlassung des Gesindes zur Fortsetzung des Dienstvertrags polizeilich angehalten werden, so jedoch, daß im Falle beharrlicher Weigerung die Pflicht zur Entschädigung des Gesindes an die Stelle der Nothwendigkeit der Annahme desselben tritt.[9]

§ 123. Pfändungsrecht.[1]

Die Befugniß eigenmächtiger Pfändung von beweglichen Sachen des Frevlers, welcher fremden Besitzstand thatsächlich verletzt, ist dem preußischen Rechte vom ältesten germanischen Rechte überkommen.[2]

Solche Pfändung enthält eine handgreifliche, um deswillen nicht leicht bestreitbare und schwer zu entbehrende Verwahrung gegen die Anmaßung von Rechten am Grund und Boden Dritter. Sie eröffnet aber auch, und dies ist noch wichtiger, einen einfachen Weg der Verfolgung von im Einzelfall oft unbedeutenden und kaum meßbaren, in Wiederholungsfällen gleichwohl nachtheiligen und empfindlichen Ueberschreitungen, für welche der weitläufigere Geschäftsgang der bei den ordentlichen Gerichten zu erhebenden Klagen häufig ungeeignet wäre. Dazu kommt, daß der Pfändende in dem gepfändeten Gegenstand ein Ueberführungsstück für die verübte Uebertretung besitzt, und das Recht auf ein bestimmtes Pfandgeld hat, wodurch er des Nachweises des Umfangs seines Schadens überhoben ist. Neuerdings wurde dem Beschädigten in mehreren Fällen, insbesondere bei Weidefreveln ein be-

---

8) L. R. II, 17 § 10. Ein Reskript vom 8. Februar 1839, Kamptz Jahrbuch Bd. 53 S. 341 nahm hiernach an, daß die Polizei befugt sei, bei Ausübung des Retentionsrechtes des Vermiethers und Verpächters ein Interimistikum festzusetzen. In den Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 4 S. 414 und Entsch. des R. G. in Strafsachen Bd. 18 S. 81 ist die Befugniß zwangsweisen Einschreitens verneint; der Polizei liege vielmehr in der Regel nur ob, gütliche Vermittlung bei derartigen Streitigkeiten zu übernehmen. L. R. II, 17 § 10 begründe zwangsweises Einschreiten nur bei öffentlicher Gefahr. In anderen Fällen sei also einstweilige richterliche Verfügung nachzusuchen.

9) Gesindeordnung vom 8. November 1810 §§ 160 ff. 167 ff. unten Bd. 2 § 197.

1) L. R. I, 14 § 143 ff. Wilda Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 1 S. 167 ff. Meibom das deutsche Pfandrecht 1867 S. 198. Nägeli das germanische Selbstpfändungsrecht, Zürich 1876.

2) Lex Lang. Rotharis c. 354, lex Wisigoth. VIII, 3. 13. Sachsensp. II, 47 §§ 1—3.

stimmtes „Ersatzgeld" auch dann gesetzlich zugebilligt, wenn das Verfahren nicht durch Pfändung eingeleitet wird.[3]

1. Das Landrecht gestattet zwar die Pfändung gemäß seiner allgemeinen Grundsätze über Selbsthülfe nur in Nothfällen, insbesondere wenn die Person des Gepfändeten unbekannt, unsicher ist, oder wenn der Beweis der Schadenszufügung nur durch die Pfändung ermöglicht wird.[4] Die neueren Feldpolizeiordnungen aber,[5] welche die wichtigsten Fälle der Pfändung betreffen, nämlich Gehen, Fahren, Reiten, Viehtreiben über fremdes Gelände und Abweiden desselben durch Vieh,[6] beschränken die Pfändung keineswegs auf Nothfälle, und zwar mit Recht, da eine solche Voraussetzung für eine Handlung nicht paßt, welche Grundbesitzer und Bauern ohne weiteres bei frischer That vollziehen.[7]

2. Berechtigt zur Pfändung ist der Beschädigte, also der verletzte Besitzer[8] und Nutzungsberechtigte; an seiner Statt deren Familien-

---

3) Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 68 ff.

4) L. R. I, 44 § 414 ff., R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 993. Nicht selten nimmt man an, die landrechtliche Theorie der Pfändung sei von der des Entwurfes des Gesetzbuches von 1787 grundsätzlich verschieden. Die Pfändung sei auf Grund eines Monitums, welches Suarez billigte, wesentlich umgestaltet und eingeschränkt worden. Hierdurch sei Dunkelheit entstanden; vgl. Rönne Ergänzungen zu L. R. I, 14 vierter Abschnitt und die dort angeführte Stelle des Revisors Pensum XIV. Es ist dies nicht zutreffend. Geändert wurden in Folge des Monitums nur die einleitenden, mehr motivirenden und definirenden §§ 413 und 414 von L. R. I, 14 gegenüber §§ 274 und 275 des Entwurfes des Gesetzbuches von 1787 Th. II Tit. XI §§ 274 und 275. Die disponirenden, das Gebiet der Pfändung im Einzelnen feststellenden §§ 415, 416, 418 von L. R. I, 14 stimmen wörtlich mit dem Entwurf des Gesetzbuches a. a. O. §§ 276 bis 278 überein.

5) Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 § 4 ff. mit Nachtrag durch Gesetz vom 13. April 1856, eine Ordnung, in welcher übrigens Privatrecht, Strafrecht und Prozeßrecht in wenig gelungener Weise sich verbunden finden; dann Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880. Durch § 96 Ziff. 2 dieses Gesetzes wurden aufrecht erhalten: die gesetzlichen Bestimmungen über Pfändungen, soweit sie nicht durch die Vorschriften dieses Gesetzes betroffen werden. Ueber die Pfändung von Vieh handelt vorzugsweise § 77 ff. — Gegenstand der landrechtlichen Vorschriften sind z. B. noch Beeinträchtigungen des Fischereirechts in Flüssen.

6) Ueber unbestellte und zur Bestellung noch nicht in Angriff genommene Aecker sowie über abgeerntete Wiesen — nicht über Gärten oder Weinberge — ferner über Privatwege ist zu gehen gestattet, wenn sie nicht eingefriedigt oder mit Warnungszeichen versehen sind. Reiten, Fahren, Viehtreiben ist erlaubt, wenn man hierzu durch die schlechte Beschaffenheit eines an dem Grundstücke vorüberführenden, zum gemeinen Gebrauch bestimmten Weges oder durch ein anderes auf dem Wege befindliches Hinderniß genöthigt wird, Strafgesetzbuch § 368 unter 9, Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 10. — Die Post ist nicht pfändbar, Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 18.

7) Die Pfändung ist nicht zu verwechseln mit der öffentlich rechtlichen Beschlagnahme, von welcher die Reichsstrafprozeßordnung § 94 ff. handelt und durch deren Regelung die Pfändung nicht betroffen wird.

8) Die Klage auf das Pfandgeld ist Besitzklage. Der Einwand, daß der Gepfändete Eigenthümer des Grundstückes sei, auf dem er betroffen wurde, kommt daher nicht in Betracht, wenn er nicht zur Selbsthülfe gegen den Inhaber befugt ist. Es ist ein praktisches Bedürfniß, nicht bloß den Eigenthümer, sondern ebenso

genossen und Bediensteten, endlich auch die zuständigen Feld- und Forsthüter.[9] Die Pfändung muß auf frischer That, also auf der Stelle oder in unmittelbarer Verfolgung, bei Verletzungen im Felde innerhalb der Feldflur geschehen.[10 11]

3. Der Pfändende hat nach Landrecht das Recht, Schadensersatz und außerdem das Pfandgeld zu fordern, eine Privatstrafe, welche durch Ortsgewohnheit näher tarifirt ist; die Feldpolizeiordnungen hingegen geben nur das Recht der Wahl[12] zwischen Beitreibung des Schadenersatzes im gewöhnlichen Rechtswege und dem Anspruche auf das gesetzlich fixirte und tarifirte Pfandgeld oder Ersatzgeld.[13 14] Die gepfändeten Sachen haften für Entschädigungsansprüche, Pfand- oder Ersatzgeld sowie die Kosten wie ein Faustpfand; sie werden äußerstenfalls zur Befriedigung des Pfändenden von der Ortspolizeibehörde versteigert. Der Pfändende ist zur Anzeige bei der Ortspolizeibehörde binnen 24 Stunden nach der Pfändung verpflichtet. Die Behörde entscheidet dann über die vorläufige Verwahrung des gepfändeten Viehes.[15] Der Nachtheil der Nichtanzeige ist Rückgabe der Pfandstücke und Verlust der Ansprüche für deren Wartung, nicht aber Verlust der sonstigen Rechte des Pfändenden.[16]

4. Wer eine rechtmäßige Pfändung vereitelt oder zu vereiteln versucht, dem Pfändenden thatsächlich oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand

---

den Besitzer auch auf diesem Wege gegen Beeinträchtigung zu sichern. Auch gesteht die Feldpolizeiordnung das Pfändungsrecht geradezu dem „Besitzer" zu. Anders O.Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 71 S. 49.

9) Nicht aber Dritte als unberufene Geschäftsführer des Besitzers.

10) Von mehreren Viehstücken sind nur so viele zu pfänden, als erforderlich sind, den Schadensbetrag zu decken.

11) Vgl. Feldpolizeigesetz § 77. Nach anderen deutschen Rechten muß die Pfändung auf dem Grundstücke selbst erfolgen, auf welchem gefrevelt wurde. Sachsensp. II, 47 § 4. Leyser med. vol. IX, spec. 595 m. VIII.

12) L. R. I, 14 § 439. Feldpolizeiordnung von 1847 § 11. Feldpolizeigesetz § 69.

13) Verjährung des Anspruches auf Pfandgeld in 3 Monaten seit der Uebertretung tritt ein nach § 46 der Feldpolizeiordnung. Der Anspruch auf Ersatzgeld verjährt nach dem Feldpolizeigesetz § 70 in 4 Wochen vom Tage des Uebertritts des Viehes an. Die Verjährung wird durch Erhebung der Schadensklage unterbrochen, cit. Gesetz § 70.

14) Im Falle von Beschädigungen durch eine gemeinsame Heerde haften sämmtliche Hütungsgenossen solidarisch, vorbehaltlich des Rückgriffes unter einander.

15) Die Entscheidung über Pfandgeld, Ersatzgeld und die Kostenansprüche gebührt der Ortspolizeibehörde, vorbehaltlich der Klage beim Kreisausschuß oder Bezirksausschuß im Verwaltungsstreitverfahren, Feldpolizeigesetz § 75. Der Weg des Civilprozesses ist einzuschlagen, wenn der Gepfändete die Unrechtmäßigkeit der Pfändung glaubhaft macht, insbesondere wenn die Stellung des Pfändenden als Besitzers oder Nutzungsberechtigten in Frage steht, oder der Gepfändete im Besitze eines Rechtes zu sein behauptet, welches die Pfändung unzulässig macht. Feldpolizeiordnung § 58, vgl. auch L. R. I, 14 § 454 ff.

16) L. R. I, 14 § 431 ff. Feldpolizeiordnung § 53 ff. Feldpolizeigesetz § 80 ff. Ablieferung an die Gerichte forderten die sächsischen Konstitutionen p. II, const. 7.

leistet, andererseits wer vorsätzlich eine unrechtmäßige Pfändung bewirkt, verfällt in öffentliche Strafe. Schuldhafte unrechtmäßige Pfändung verpflichtet auch nach allgemeinen Grundsätzen zum Schadensersatz außer der Rückerstattung des Pfandstücks.[17]

II. Rechtshülfe.

§ 124. Die Klagerechte.[1]

Zu einer die Verhältnisse des Lebens beherrschenden Macht wird das private Recht vorzugsweise durch die Möglichkeit seiner Verfolgung vor Gericht.[2] Die Klage, d. h. die Handlung, durch welche man ein gerichtliches Verfahren und ein richterliches Urtheil herausfordert, ist daher die wesentlichste der Rechtsbefugnisse. Das Klagerecht ist durch das öffentliche Recht gewährleistet; es kann durch Vereinbarung nicht beseitigt werden.[3]

1. In einer besonders scharfen, aber auch eigenthümlichen Weise tritt das Klagrecht bei den Römern hervor. Die Interpretation der zwölf Tafeln

---

17) L. R. I, 14 § 462 und oben § 121 bei Anm. 9. Feldpolizeigesetz § 17.

1) Vgl. die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 127 Citirten.

2) Privatrechtliche Verhältnisse unterstehen den Gerichten; sie werden im Rechtswege verhandelt. Dagegen unterliegen den Verwaltungsgerichten die in den Gesetzen — insbesondere im Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 — bezeichneten Streitsachen über Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem öffentlichen Recht — streitige Verwaltungssachen. — Die Verwaltungsgerichte entscheiden „unbeschadet der privatrechtlichen Verhältnisse", Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 § 7. Für die privatrechtlichen Verhältnisse sind zuständig die „ordentlichen Gerichte" — Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte, Reichsgericht — Gerichtsverfassungsgesetz §§ 12. 13; es sind jedoch im § 14 daselbst bestimmte besondere Gerichte zugelassen, insbesondere für die landwirthschaftlichen Auseinandersetzungen, welche in gewissem Sinne in der Mitte stehen zwischen den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten. Nach dem Gesetze vom 29. Juli 1891 können besondere Gewerbegerichte errichtet werden. — Verwaltungsgerichte sind die Kreis-, bezw. Stadt-Ausschüsse, ferner die Bezirksausschüsse, endlich das Oberverwaltungsgericht. Will ein Senat dieses Gerichts von der Entscheidung eines andern Senats oder des Plenums abweichen, so bedarf es eines Plenarbeschlusses, Gesetz vom 27. Mai 1888, vgl. oben § 22 Anm. 6. Vgl. über das Verwaltungsstreitverfahren Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 § 61 ff.; über die Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungs- und der ordentlichen Gerichte vgl. R. G. Bd. 22 S. 288. — Die Gerichte entscheiden selbständig über die Zulässigkeit des Rechtsweges. G. V. G. § 17. Im Fall von positiven oder negativen Kompetenzkonflikten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten fällt die Entscheidung dem Gerichtshofe zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte zu; § 17 des G. V. G. und Verordnung vom 1. August 1879. Vgl. aber bezüglich des Reichsversicherungsamts Hilse bei Gruchot Bd. 35 S. 800.

3) A. G. O. Einleitung § 1. Der Vertrag, wonach eine Partei, z. B. eine königliche Eisenbahndirektion in Streitfällen die Entscheidung mit Ausschluß des Rechtsweges haben soll, ist kein Schiedsvertrag, da dieser einen Dritten als Schiedsrichter voraussetzt; vielmehr ist er, da er den Rechtsweg ausschließt, gegen das öffentliche Recht und unverbindlich, Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 93. Nicht anders verhält es sich mit der Bestimmung im Statut einer Gesellschaft, wonach bei Streitigkeiten der Gesellschafter

durch die alten römischen Juristen, wie die Edikte der rechtsprechenden Prätoren, mittels deren sich das Recht der Römer in den seine Entwickelung bestimmenden Zeiten hauptsächlich aufbaute, hatten nämlich nicht ein System von Rechtsregeln, sondern von Klagrechten aufgestellt. Demgemäß waren in Rom nur solche Berechtigungen erzwingbar, welchen eine der actiones Hülfe lieh. Hierdurch ergab sich von selbst, daß der römische Kläger nur dann die Verwirklichung seines Rechtes erlangen konnte, wenn er die richtige und zutreffende actio erwählt hatte, so daß in Rom die genaue, rechtliche Charakterisirung und Specialisirung seines Anspruches dem Kläger bei eigener Gefahr anheimfiel. Dagegen im heutigen Rechte wohnt der Regel nach jeder vom Gesetze anerkannten Berechtigung die Klagbarkeit von selbst inne. Das Klagrecht ist also nicht mehr etwas Selbständiges, welches dem verletzten materiellen Rechte seinen Schutz angedeihen läßt, vielmehr eine dem Rechte innerlich zugehörende Befugniß.[4]

2. Der Kläger ist ferner im heutigen Prozesse nicht gehalten, das Recht, welches er in Anspruch nimmt, in der Klage zu benennen, vielmehr liegt ihm nur die Erzählung der Thatsachen ob, auf welche sich seine Rechte gründen.[5] Der Richter, welcher die Rechte kennen soll, hat die Unterordnung der angeführten und bewiesenen Thatsachen unter die einschlägigen Rechtsregeln vorzunehmen und so das Recht zu ermitteln, welches aus denselben für den Kläger folgt.

3. Die Klage setzt außer dem Bestehen eines Rechtes das Bedürfniß eines Schutzes dieses Rechtes voraus. Dasselbe liegt entweder in der Nichtbefriedigung eines fälligen Anspruchs oder in Gefährdung eines Anspruchs.

Vorgängige Mahnung Seitens des Gläubigers oder bewußte oder gar bösliche Verletzung des klägerischen Rechtes Seitens des Schuldners ist nicht erforderlich.

Wegen künftiger, erst möglicher Ansprüche sind Klagen zulässig, wo ein rechtliches Interesse des Klägers an sofortiger Fällung eines richterlichen Spruches besteht, also namentlich, wenn Gefahr der Verdunkelung des Rechtes oder seiner Vereitelung hervortritt. Für solche Fälle ist besonders die Feststellungsklage bestimmt.[6] Aber auch die Klage auf Erfüllung aus bedingten und betagten Forderungen für den Fall des

---

mit dem Vorstand nur die Berufung an die Generalversammlung offen stehen soll. Striethorst Archiv Bd. 78 S. 63, R. O. H. G. Bd. 21 S. 84, R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 136, vgl. aber auch Entsch. des O. Trib. Bd. 79 S. 309.

4) Einl. des L. R. § 76.

5) Vgl. unten § 126 zu 1 letzter Absatz.

6) R. C. P. O. § 231; vgl. unten § 125 unter 6.

künftigen Eintritts des Termines oder der Bedingung ist zulässig, sofern Kläger ein rechtliches Interesse an der vorzeitigen Anstellung hat.[7] Solches wird namentlich angenommen bei der Kündigungsklage, in welcher mit der Kündigung — durch die der Anspruch sofort oder nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig wird — die Klage und zwar meist in demselben Schriftsatz verbunden wird.[8] Noch dringender ist dieses Interesse bei Ansprüchen auf künftige Alimente.[9]

4. Ob, wann und in welchem Umfang er die Klage erheben will, ist Sache des Ermessens des Klagberechtigten.[10] In mehreren Fällen ist die Entscheidung von Verwaltungsbehörden einzuholen, ehe der Rechtsweg offen steht; derselbe ist dann regelmäßig an Einhaltung einer Ausschließungsfrist von Ertheilung jener Entscheidung ab gebunden.[11] [12]

§ 125. Die Arten der Klagerechte.

Die neueren Gesetzgebungen erwähnen die Eintheilungen der Klagerechte nicht, welche in Rom eine entscheidende Rolle spielten. Auch das Landrecht weiß von einer derartigen Eintheilung nichts. Dennoch haben diejenigen Eintheilungen der Klagerechte, in welchen sich die Eigenthümlichkeiten des zur Geltung gebrachten Rechtes spiegeln, wissenschaftliches Interesse behalten. Auch praktisch ist es von Wichtigkeit, sich über die Rechtsnatur der angestellten Klage klar zu werden.

1. Insbesondere sind zu unterscheiden persönliche Klagen — actiones in personam — welche aus Rechten entspringen, welche eine Leistung

7) R. C. P. O. § 648 Ziff. 6, § 672 Abs. 1. Eccius Bd. 1 § 50 Anm. 25, Bähr Urtheile des R. G. S. 156.

8) Ueber die Kündigungsklage insbesondere vgl. Herbst bei Gruchot Bd. 26 S. 346, und über die Kündigungsmandatsklage des früheren Rechtes A. G. O. I, 26 §§ 4. 16 sowie Kabinets-Ordre vom 17. Oktober 1833.

9) Knüpft sich die anticipirende Verurtheilung an einen bestimmten Termin, so befindet über den Eintritt der Vollstreckbarkeit der Gerichtsvollzieher, R. C. P. O. § 672 Abs. 1 und § 674. Knüpft sie sich an eine Bedingung, so befindet hierüber der Gerichtsvollzieher nur dann, wenn dieselbe in Leistung einer Sicherheit besteht. Handelt es sich um bedingende Thatsachen anderer Art, so kann die Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden des Vollstreckungsgerichts ertheilt werden, wenn deren Eintritt durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Sonst bedarf es einer Klage auf Ertheilung einer Vollstreckungsklausel, R. C. P. O. §§ 664. 666. 667, über derartige Widerklage siehe R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1202. Bezüglich der Kosten ist bei betagten und bei bedingten Verurtheilungen R. C. P. O. § 89 zu beachten.

10) Vgl. jedoch unten § 125 Anm. 17.

11) Vgl. z. B. das Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 30.

12) Vgl. Preußisches Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 2. Streitig ist, ob letztere Bestimmung Anwendung finden kann auf die Fälle, in welchen Reichsgesetze Fristen zur Berufung auf den Rechtsweg feststellen, wie insbesondere die Gewerbeordnung. Die Frage ist zu verneinen, da preußische Gesetze reichsgesetzliche Fristen nicht einengen können. Vgl. hierüber meine Ausführung im Herrenhause als Referent über jenes Gesetz in der Sitzung vom 7. Februar 1879 Drucksachen des Herrenhauses S. 98.

des Beklagten zum Gegenstande haben, und dingliche — actiones in rem — welche Rechte zur Geltung bringen sollen, die nicht unmittelbar eine Leistungspflicht des Beklagten zum Inhalte haben, bei denen also der Beklagte nur aus dem Grunde in Anspruch genommen wird, weil er sich mit dem klägerischen Rechte in Widerspruch gesetzt hat.[1] Zu den dinglichen Klagen in diesem Sinne gehört im neueren Rechte nicht nur die Eigenthums- und die Erbschaftsklage, sondern selbst der Streit um persönliche Rechte, z. B. des Cessionars und des Cedenten um ein Forderungsrecht.

2. Ferner finden sich Privatstrafklagen im Gegensatze zu reinen Vermögensklagen.[2] Doch sind Privatstrafklagen, welche in Rom die Unvollständigkeit des öffentlichen Strafrechts ergänzten, im preußischen Rechte selten.[3]

3. Des Weiteren heben sich Besitzesklagen — possessorische Klagen — welche den Streit um den Besitz zum Gegenstand haben, von den Klagen aus einem Rechte zum Besitze — den petitorischen — ab.[4]

4. Gewisse Klagen ferner sind bloß vorbereitende, zur Aufklärung eines Thatbestandes, wie die Klage des Geschäftsherrn gegen den Verwalter auf Rechnungslegung und die auf eidliche Bestärkung eines Vermögensverzeichnisses.

---

1) § 1 J. de actionibus 4, 6. Die engere Bedeutung von actio in rem — oben § 37 Abs. 2 — wonach sie eine dingliche Klage auf eine Sache bezeichnet, bleibt hier außer Frage.

2) Windscheid Bd. 1 § 123 Anm. 4a nimmt an, das Reichsstrafgesetzbuch habe das gesammte Strafrecht in dem Sinne geregelt, daß auch die Privatstrafklagen betroffen würden und insofern sie nicht erwähnt werden, aufgehoben seien. Dies ist unrichtig; das Strafgesetzbuch bezieht sich nur auf die öffentlichen Strafen, es ergiebt sich dies u. A. daraus, daß unter den von ihm anerkannten Strafarten § 13 ff. Privatstrafen nicht erwähnt werden, so daß solche nach der Gegenansicht gemäß § 6 des Einführungsgesetzes überhaupt im deutschen Reich nicht zulässig wären, was man nicht als Absicht des Strafgesetzbuchs ansehen wird. Hinsichtlich des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 ist nie die Ansicht aufgetaucht, daß die preußischen Privatstrafen durch dasselbe aufgehoben seien und doch ist dasselbe in Anordnung und Plan mit dem Reichsstrafgesetzbuch gleichen Charakters. Siehe auch Thon Rechtsnorm 1878 S. 37 ff. und R. G. Bd. 2 S. 66, Olshausen Kommentar zum St. G. B.

3) Privatstrafen sind unter Anderem die Pfandgelder bei Privatpfändungen, vgl. § 123 Anm. 13. Ferner die Ehescheidungsstrafen L. R. II, 1 § 783, unten Bd. 3 § 20, welche natürlich ihren Charakter als Strafe nicht dadurch verlieren, daß bei Berechnung ihres Betrages angenommen wird, der schuldige Theil sei am Tage der Publikation des rechtskräftigen Scheidungsurtheils gestorben. — Wie wenig aber das neuere Recht dem System der Privatstrafen günstig ist, zeigt die Behandlung des Holzdiebstahls nach dem Forstdiebstahlgesetz vom 15. April 1878. Zwar fließt die wegen solcher Diebstähle festgesetzte Geldstrafe dem Bestohlenen zu; aber die Verfolgung der Strafe ist nicht in dessen Hand, sondern in die des Amtsanwaltes gelegt und geschieht im Wege eines Strafverfahrens.

4) Vgl. unten § 158. Nach R. C. P. O. § 232 Abs. 2 kann die Besitzklage und die Klage aus dem Rechte auf den Besitz nicht verbunden werden, folgerecht auch nicht durch Widerklage oder Klageerweiterung Verbindung eintreten. Eccius Bd. 1 § 50 Anm. 29.

5. Eine besondere Bedeutung hat der Gegensatz von Erfüllungsklagen und Klagen auf Ersatz gewonnen. Das römische Recht ging in seiner klassischen Zeit davon aus, daß jede Verurtheilung in Geld zu geschehen habe.[5] Diese ältere Rechtsauffassung hat auch im justinianischen Rechte, in welchem sie allerdings nicht mehr schlechthin gilt, noch nachgewirkt.[6] Nach dem heutigen Rechte hingegen ist die Klage und die Verurtheilung, so lange specifische Erfüllung möglich ist, auf diese zu richten; Geldersatzansprüche können nur dann geltend gemacht werden, wenn dem Schuldner die specifische Erfüllung nicht mehr möglich ist, oder wenn ihn die rechtlichen Zwangsmittel zu einer solchen nicht vermögen können. Doch darf der Kläger im voraus mit seinem Hauptantrag, für den Fall, daß die eingeklagte Sache oder Handlung nicht geleistet werden sollte, den Antrag auf Verurtheilung in sein Geldinteresse verbinden.[7] Ist dies nicht geschehen, so kann er auf dasselbe zurückkommen, auch wenn er nur die Verurtheilung des Gegners zur Leistung einer Sache oder Handlung erlangt hat. Hat nämlich der Kläger Ansprüche auf Sachen, so kann er nach fruchtloser Zwangsvollstreckung in die Sache — Realexekution — entweder einen Offenbarungseid fordern, den die Drohung des Personalarrestes erzwingt, oder sein Interesse beanspruchen. Handelt es sich aber um eine Handlung, so hat er sofort bei Einleitung der Zwangsvollstreckung die Wahl, dieselbe zu erzwingen — sei es durch Personalhaft, sei es durch Leistung Seitens eines Dritten, den der Richter in geeigneten Fällen zu deren Vornahme auf Kosten des Verpflichteten ermächtigt[8] — oder statt Leistung der Handlung sein Interesse zu fordern. Er ist berechtigt, von der getroffenen Wahl auch wieder abzugehen.[9]

6. Nach dem Vorbild des älteren deutschen Rechtes sowie der mittelalterlichen italienischen Jurisprudenz[10] wurden in der deutschen und preußischen

5) Gaj. Inst. IV, § 48.

6) § 32 J. de act. 4, 6.

7) A. G. O. I, 22 § 19. Eccius bei Gruchot Bd. 33 S. 141. — R. C. P. O. § 664 ist dabei zu beachten.

8) Verordnung vom 4. März 1834 § 9. A. G. O. I, 24 §§ 55. 56, siehe unten Bd. 2 § 107 ff. Vgl. R. C. P. O. § 769.

9) R. C. P. O. § 778 bestimmt, daß durch die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen das Recht des Gläubigers nicht berührt werde, die Leistung des Interesses zu verlangen; dasselbe sei im Wege der Klage beim Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen. Unter welchen Voraussetzungen hiernach das Interesse gefordert werden kann, ist nach bisherigem Rechte zu beurtheilen. Der § 9 der Verordnung vom 4. März 1834 bezüglich des Wahlrechts zwischen Interesseforderung und den verschiedenen Exekutionsmitteln ist nicht prozessualischen Inhaltes — anders Struckmann und Koch Kommentar zu § 778 — also nicht beseitigt. Dahingestellt läßt die Frage R. G. Bd. 22 S. 256.

10) Das römische Recht kannte nur in wenigen bestimmten Fällen formulae praejudiciales, auf Grund deren das Gericht einen Ausspruch über ein Rechtsverhältniß abgab, ohne daß sich eine Condemnation unmittelbar anschloß.

Praxis in weitem Maße Klagen auf Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens rechtlich erheblicher Thatsachen zugelassen. Hieran schließt sich R. C. P. O. § 231 an, welche Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder Feststellung ihrer Unechtheit verstattet, sofern der Kläger an der alsbaldigen richterlichen Entscheidung ein rechtliches Interesse hat.[11]

Als Rechtsverhältniß in diesem Sinne ist anzusehen eine aus einem bestimmten Thatbestand folgende Rechtsbeziehung.[12] Die Feststellungsklage ist eine positive, wenn sie zum Zweck hat, ein Rechtsverhältniß oder eine Urkunde als rechtswirksam feststellen zu lassen; eine negative, wenn sie das Nichtbestehen angeblicher Rechte oder Unechtheit von Urkunden festzustellen bezweckt. Sie kann als selbständige erhoben werden oder als Incidentfeststellungsklage;[13] denn es ist bis zum Schluß der entscheidenden mündlichen Verhandlung Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, Beklagter durch Erhebung einer Widerklage befugt, die richterliche Festellung eines im Laufe des Prozesses streitig gewordenen Rechtsverhältnisses zu verlangen, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites abhängt. Die selbstständige Festellungsklage setzt den Nachweis eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen und gesonderten Entscheidung der aufgeworfenen Frage voraus;[14] bei der Incidentfeststellungsklage ergiebt sich dieses Interesse aus der prozessualischen Sachlage. Die Anstellung einer selbständigen Feststellungsklage ist, wenn der

11) Weismann die Feststellungsklage 1879. Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 143 ff. Wach der Feststellungsanspruch 1889. Levy bei Gruchot Bd. 35 S. 156. Eccius Bd. 1 S. 232.

12) Vgl. Seuffert zur R. C. P. O. § 231. R. G. Bd. 10 S. 413, Gruchot Bd. 32 S. 408. Eine Klage, welche bloß das Bestehen oder Nichtbestehen von Thatsachen zum Gegenstand hat, erachtet man hiernach nicht für zulässig; es soll die sich aus derselben ergebende Rechtsbeziehung hervorgehoben und zum Gegenstand des Streites gemacht sein. Hiernach hat das R. G. — Bähr Urtheile des Reichsgericht S. 143 — eine Klage auf Feststellung, daß Kläger innerhalb der Konceptionszeit eines von der Beklagten außerehelich geborenen Kindes mit der Mutter nicht konkumbirt habe, zurückgewiesen, weil der Antrag nicht auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, sondern einer Thatsache gerichtet sei. Das nobile officium judicis würde jedoch unseres Erachtens gestatten, aus solcher Klage den Antrag auf Feststellung herauszulesen, daß Kläger um des angegebenen Thatbestandes willen nicht außerehelicher Erzeuger des Kindes seine könne. — Mit Recht nimmt man an, daß der Besitz ein Rechtsverhältniß im Sinne des § 231 bilde. Zulässig ist auch die Klage auf Feststellung, daß ein gewisses Verhältniß inländischem oder ausländischem Recht unterstehe. Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 145 ff., Bd. 34 S. 373. Auch strafrechtliches Interesse genügt R. G. Bd. 16 S. 390.

13) R. C. P. O. § 253; siehe auch unten § 137.

14) Ueber die Frage, ob der Richter die Feststellungsklage zurückzuweisen habe, wenn der Beklagte den Mangel eines rechtlichen Interesses bei der Feststellung nicht rügt, der Richter aber solchen annimmt, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1174.

aus dem fraglichen Verhältniß entspringende Anspruch bereits fällig ist, nur dann gerechtfertigt, wenn die Theilung der Fragen aus besonderen Gründen als prozessualisch zweckmäßig erscheint.[15]

Durch die Feststellungsklage ändert sich die Beweislast hinsichtlich der verhandelten Rechtsfragen nicht. Die negative Feststellungsklage nöthigt daher den Beklagten meist, mit den Beweisen für sein angebliches Recht alsbald hervorzutreten.[16] Die etwaigen Härten wird die Prozeßleitung des Richters durch entsprechende Bemessung der Fristen möglichst zu beseitigen haben.[17]

Das auf Grund der Feststellungsklage ergehende Urtheil begründet keine unmittelbare Vollstreckbarkeit, auch wenn Beklagter verurtheilt wird; es stellt aber eine unanfechtbare Grundlage für künftige Verurtheilung oder Freisprechung her.[18]

---

15) Zu weit geht es, wenn nach R.G. Bd. 4 S. 437 und in einem bei Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 149 citirten Erkenntniß die Feststellungsklage für die Regel ausgeschlossen wird, wenn Kläger bereits in der Lage ist, auf Erfüllung zu klagen; vgl. hiergegen Bähr a. a. O. S. 169. Einen Präjudizialpunkt selbständig zu behandeln, obgleich der Anspruch selbst fällig ist, kann prozessualisch zweckmäßig sein und im Interesse aller Betheiligten liegen, z. B. über die Frage, ob Beklagter in Folge des Reichshaftpflichtgesetzes haftbar ist. Vgl. auch unten § 126 Anm. 23.

16) Zur Substantiirung der negativen Feststellungsklage hat Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung darzulegen, daß ein Recht des Gegners in Wahrheit nicht bestehe. Kläger muß zu diesem Zweck häufig die Thatsachen hervorheben, welche scheinbar ein Rechtsverhältniß ihm gegenüber begründen und zugleich anführen, daß und warum gleichwohl ein solches Recht nicht besteht. Dies kann aber daran nichts ändern, daß derjenige, welcher sich das fragliche Recht zuschreibt — also in diesem Fall der Beklagte — das Bestehen der sein Recht begründenden Thatsachen zu erweisen hat, sofern sie nicht nach dem Vortrag des Klägers zugestanden sind und Kläger nur Einredethatsachen gegen sie in das Feld zu führen hat. So Entsch. des R.G. vom 13. April 1883, Reichsanzeiger vom 6. Juli 1883, vgl. freilich R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 839.

17) Das gemeine und das preußische Recht — A. G. O. I, 32 — gewährten gegen denjenigen, welcher sich eines Anspruches berühmte, die Diffamationsklage — die provocatio ex lege diffamari — mit dem Antrag, daß Provokat die gerühmte Klage innerhalb eines gewissen Zeitraumes gegen den Diffamaten anzustellen habe, gegenfalls aber zu ewigem Stillschweigen verurtheilt werde, desgleichen die provocatio ex lege si contendat mit entsprechendem Zweck, wenn Provokant die Gefahr darthat, daß ihm bei längerem Aufschub der Klage seine Einwendungen oder Beweismittel verloren gehen möchten. Nach den Motiven der R. C. P. O. macht die negative Feststellungsklage die bisherigen Provokationsklagen überflüssig. Dies ist nun freilich gewagt. Denn zur Begründung der Diffamationsklage genügte die Berühmung des Gegners mit einem Anspruch. Wer aber die negative Feststellungsklage erhebt, muß sein Interesse an alsbaldiger Feststellung des Nichtbestehens des fraglichen Rechtes darthun und hierzu wird die bloße Berühmung Seitens des anderen Theiles nicht immer ausreichen. Wie dem aber sei, jedenfalls sind die Provokationen weggefallen, da ihre materiellen Eigenthümlichkeiten im engsten Zusammenhang mit dem früheren Provokationsverfahren standen und dieses zweifelsohne beseitigt ist. Mandry Reichsgesetze S. 301. Bezüglich der Bürgen gilt jedoch die besondere Bestimmung von L. R. I, 14 § 316 fort, vgl. unten Bd. 2 § 243 Anm. 11. Eine besondere Provokation gegen den Arrestleger kennt R. C. P. O. §§ 806, 815.

18) In den geeigneten Fällen — vgl. oben § 124 bei Anm. 6 — kann mit der Feststellungsklage von vornherein oder im Laufe des Prozesses der Klagantrag auf Ver-

§ 126. Die Gestaltung der Klage.

1. Zweck der römischen Klage war, die Rechtsbehauptung des Klägers genügend zu individualisiren und diese dem Richter behufs der Urtheilsfällung zu unterbreiten.[1] Der Entstehungsgrund des eingeklagten Anspruches, z. B. Kauf, Miethe, Depositum, wurde hierbei da hervorgehoben, wo diese Bezugnahme zur Spezialisirung des eingeklagten Anspruches nothwendig schien, während namentlich bei dinglichen Klagen, bei welchen der Anspruch sich schon durch den Gegenstand genügend individualisirte, eine Bezugnahme auf die Entstehung des Rechtes der Regel nach nicht erfolgte.[2]

Dagegen hatte in Uebereinstimmung mit dem kanonischen Recht[3] nach gemeinem und preußischem Recht die Klage nur die Aufgabe, die Thatsachen zu erzählen, auf welche der Kläger sein Recht gründete;[4] sie konnte dem Richter überlassen, die Rechtsregel zu ermitteln, aus welcher sich dies Recht herleitete, also die rechtliche Subsumirung vorzunehmen. Von dieser Grundlage aus entwickelte sich das moderne Aktionenrecht, gestaltete sich der Begriff der Einrede und bestimmte sich der Umfang der Rechtskraft, trotz mannichfacher aus der römischen Gestaltung des Verhältnisses entnommener Anzweifelung. Ist diese Grundlage auch in der deutschen Civilprozeßordnung beibehalten? Nach dieser Ordnung wird die Verhandlung über einen Anspruch regelmäßig, wenn auch nicht ausnahmslos durch Er-

---

urtheilung des Beklagten zur künftigen Erfüllung verbunden werden, vgl. Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 145 gegenüber einer dort mitgetheilten Entscheidung dieses Gerichts.

1) Dies tritt besonders deutlich hervor bei den römischen formulae in jus conceptae: Gajus Inst. IV § 45; quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium aut nobis dari oportere. Aber auch bei den sogenannten actiones in factum conceptae handelt es sich um Rechtsbehauptungen, z. B. in der Klagformel Gaj. IV § 46: si paret patronum ... contra edictum praetoris in jus vocatum esse, oder Gaj. IV § 47: si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo redditam non esse, oder endlich in der actio hypothecaria, vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 81; von einer Substantiirung durch Bezugnahme auf die besonderen rechtsbegründenden Thatsachen, z. B. Tag, Ort, besonderen Inhalt des Geschäftes ist also bei der Formulirung der actiones in factum der Römer keine Rede; immerhin ist es wichtig, daß bei diesen Klagen, wie auch der Name besagt, die Rechtsbehauptung mit thatsächlichen Ausführungen mehr oder weniger untermischt ist. In Folge dessen ergeben sich hier einige dem heutigen prozessualischen Verfahren ähnliche Erscheinungen. Erst bei der Verhandlung vor dem judex ging man aber im römischen Prozesse besonders auf die einzelnen der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen ein.

2) Vgl. auch Puchta Rheinisches Museum Bd. 2 S. 251 ff., Bd. 3 S. 467 ff. Doch konnte der römische Kläger allerdings nach Lage des Falles ausnahmsweise vom Prätor verlangen, daß ein besonderer Entstehungsgrund in seiner dinglichen Klage vorgemerkt wurde. l. 11 § 2. l. 14 § 2 D. de exc. rei jud. 44, 2. Savigny Bd. 6 Beil. 17.

3) Cap. 6, X de judiciis 2, 1. Bartsch über die genera und formulae actionum bei Schering Abh. Bd. 1 S. 201 ff.

4) Jüngster Reichsabschied § 34. — A. G. O. I, 5 § 17, Verordnung vom 11. Juni 1883 § 8. Daher der alte Spruch: da mihi factum, dabo tibi jus.

hebung einer schriftlichen Klage eröffnet, welche die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruches, sowie einen bestimmten Antrag enthalten muß.[5] Durch Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet; ohne Einwilligung des Beklagten ist der Kläger fortan, von gewissen Umgestaltungen abgesehen, nicht berechtigt, die Klage zu ändern.[6] Die schriftliche Klage steckt also das Feld ab, innerhalb dessen sich die Erörterung zunächst zu bewegen hat. Im Uebrigen hat auch sie, wie die anderen Schriftsätze des neuen Verfahrens nur einen vorbereitenden Charakter; denn in der Verhandlung ist das Streitverhältniß mündlich in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung vollständig darzulegen; nur die mündliche Verhandlung darf für die richterliche Beurtheilung maßgebend sein.[7]

Einzelne Schriftsteller behaupten, daß die schriftliche Klage als Klaggrund das Rechtsverhältniß zu bezeichnen habe, auf welches sich der Klagantrag gründe, daß aber eine Substantiirung der Thatsachen, welche das fragliche Recht begründeten, in derselben nicht mehr erfordert sei. Hiernach wäre z. B. eine Vindikationsklageschrift zu begründen durch Nennung des Wortes „Eigenthum", nicht durch Erzählung der besonderen Erwerbungsthatsachen; hieraus soll sich dann auch der Umfang der Rechtskraft bestimmen.[8] Eine solche Aenderung in den Grundlagen des materiellen Aktionenrechts, ein derartiger Bruch mit den Ueberlieferungen, welche seit Jahrhunderten die Gestaltung der Klage bestimmen, müßte indessen in der Civilprozeßordnung ausgesprochen sein oder doch unzweideutig aus der Gesammtheit ihrer Bestimmungen hervorgehen. Dies ist nicht der Fall. Die Motive der Entwürfe der Civilprozeßordnung, weit entfernt, jene Ansicht zu unterstützen, treten ihr geradezu entgegen.[9] Sie ist unvereinbar mit dem ausgesprochenen Zweck der

---

5) R. C. P. O. § 230. Ueber die Erhebung der Klage siehe unten § 130 Anm. 9.

6) R. C. P. O. § 235, siehe unten Anm. 11.

7) R. C. P. O. § 119 ff.

8) Diese Behauptungen, zuerst von Wach Vorträge S. 15 ff. vorgetragen — vgl. auch Wach bei Gruchot Bd. 33 S. 1 —, sind von nicht wenigen Prozessualisten weiter verfolgt worden. So von Petersen bei Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 3 S. 385 ff., von Seuffert, Kommentar zur C. P. O. § 230 unter IV, von Eccius Bd. 1 § 50, vgl. dagegen Struckmann und Koch zu § 230 n. 5, Wilmowski und Levy zu § 230 n. 5. Auch Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 153 nimmt keine Notiz von der neuen Auffassung; die Praxis lehnt sie gleichfalls ab, R.G. Bd. 10 S. 434, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 839, Bd. 31 S. 719. Vgl. noch Staub bei Gruchot Bd. 32 S. 554, S. 572 Anm. 12. — Ueber den Umfang der Rechtskraft siehe unten § 137. Ziff. 2.

9) Eccius a. a. O. führt selbst die Aeußerung der Motive der Entwürfe S. 118 an: „den Grund des erhobenen Anspruches oder Klagegrund bilden diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen."

Klagschrift, die Verhandlung vorzubereiten, da solche Vorbereitung nur im Vortrag der Klagthatsachen gefunden werden kann. In diesem Sinne ist vorgeschrieben, daß jede Partei dem Gegner thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge so zeitig vor der Verhandlung mitzutheilen habe, daß der Gegner die erforderlichen Erkundigungen einzuziehen vermag, wenn die Klagschrift und die Klagbeantwortung der Vorbereitung nicht genügen.[10] Daraus ergiebt sich klar genug, was die Civilprozeßordnung als Aufgabe der Klagschrift ansieht. Der Grund der Gegner ist vorzugsweise, daß nach der Civilprozeßordnung der Umstand, daß die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen der Klagschrift ergänzt oder berichtigt werden, als Aenderung des Klaggrunds nicht gelten soll. Hieraus sucht man einen Gegensatz von Klaggrund und Klagthatsachen herzuleiten, was doch nur möglich ist, wenn man die Entstehung und die Meinung der bezüglichen Bestimmung nicht würdigt.[11]

Auch die heutige Klagschrift hat also die Aufgabe, die zur Begründung der Klage nothwendigen Thatsachen zu erzählen, wie dies auch in der Praxis geschieht.[12] Aber allerdings reicht hier soviel aus, daß sich im Wesent-

---

10) R. C. P. O. § 245.

11) R. C. P. O. § 235 verbietet Ziff. 3 die Klagänderung ohne Einwilligung des Beklagten; nach § 240 Ziff. 1 soll es nicht als Aenderung der Klage anzusehen sein, wenn ohne Aenderung des Klaggrunds die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden. Eccius nun a. a. O. S. 277 erachtet als „entscheidend" für seine Ansicht, daß hier der „Klaggrund" und die „Klagfakta" einander gegenübergestellt werden. In der That sind sie nicht entgegen, sondern nebeneinander gestellt. Uebrigens entspricht die Fassung derjenigen der A. G. O. I, 10 § 5a. „Obige den Parteien gestattete Nachsicht zur Anbringung neuer Thatsachen während des ganzen Laufes der Instruktion ist übrigens nur auf solche einzuschränken, welche dasselbe Hauptfaktum oder Geschäft, worauf die Klage gegründet worden, betreffen oder damit in Beziehung stehen, Thatsachen hingegen, welche von denen, die in der Klage angegeben worden, ganz verschieden sind und einen andern und neuen Klagegrund darstellen, können in diesem Prozeß nicht zur Erörterung gezogen werden." War auch nach der A. G. O. der Klaggrund das individualisirte Rechtsverhältniß? Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 25 nimmt dies an. Das Richtige ist, daß der Frage der Zulässigkeit der Klagänderung mit abstrakten Formulirungen nicht beizukommen ist. Aus den Worten der R. C. P. O. ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber eine gewisse Gleichförmigkeit und Uebereinstimmung der schriftlichen Klage und des weiterhin vorgebrachten Materials verlangt, ohne doch den Parteien die freie Bewegung abschneiden zu wollen und ihnen die Möglichkeit zu entziehen, Thatsachen und Gesichtspunkte, welche sich noch in der mündlichen Verhandlung als bedeutsam ergeben, vorzubringen. — Die R. C. P. O. bestimmt noch, die Klageänderung begünstigend, im § 241, daß die Einlassung des Beklagten auf die abgeänderte Klage ohne der Abänderung zu widersprechen als Einwilligung anzusehen sei, und im § 242, daß eine Anfechtung der Entscheidung, wonach eine Aenderung der Klage nicht vorliege, nicht stattfinde.

12) Es versteht sich, daß der Richter nicht bloß im Allgemeinen zu prüfen hat, welcher Theil Recht oder Unrecht hat, sondern daß er sich des besonderen Rechtssatzes bewußt werden muß, welcher entscheidet, wobei ihm die aus dem römischen Rechte entlehnte Benennung der Klagen von größtem Vortheil ist, „da sie für das System des praktischen Rechtes ungefähr das, was die Grammatik für die Sprache ist." Savigny Bd. 5 S. 149. Ebenso wird aber auch der Kläger sich zweckmäßiger Weise klar zu machen

lichen ersehen läßt, worum es sich handelt. Erst der mündliche Klagvortrag muß die zur Begründung des Rechtes erforderlichen Thatsachen vollständig darlegen, dasselbe in geschlossener Weise substantiiren. Ergiebt der mündliche Klagvortrag die hierfür erforderlichen Thatsachen nicht, wird derselbe auch nicht in ausreichender Weise auf Grund der Fragen des Richters vervollständigt, so ist die Klage als unschlüssig, von Amtswegen angebrachtermaßen abzuweisen.[13] [14] Die Anwendung richterlichen Fragrechts kann in vielen Fällen dahin führen, daß ein solcher wenig erwünschter Ausgang des Prozesses vermieden wird;[15] immer ist dies keineswegs möglich.[16] Dies Alles gilt für Klagen jeder Art; eine dingliche Klage ohne Anführung der besonderen Erwerbsthatsachen — non expressa causa — reicht also auch nach jetzigem Recht nicht aus.[17]

2. Die Vollständigkeit der Klage fordert zwar, daß der Kläger dem Gericht diejenigen Thatsachen vorträgt, welche nothwendig sind, um den Richter von der Richtigkeit des Klageantrags zu überzeugen;[18] hierbei liegt dem Kläger aber keineswegs ob, alle diejenigen Thatsachen anzuführen, welche für sein Recht dann bedingend wären, wenn dasselbe theoretisch zergliedert würde. Denn es handelt sich darum, dem Richter die Ueberzeugung vom

---

haben, welcher Rechtssatz ihn vorzugsweise zum Ziele führen wird, um hiernach die Thatsachen zu sammeln und zu ordnen, und es kann auch eine rechtliche Ausführung zum Zwecke der Ueberzeugung des Richters nützlich sein.

13) Auf Grund einer derartigen Klage kann also kein Versäumnißurtheil erfolgen, R. C. P. O. § 296 Abs. 2. Daher genügt z. B. zu einem Versäumnißurtheil die Behauptung nicht, „es sei dem Kläger ein Schaden von einer bestimmten Höhe entstanden."

14) Wird die Klage nur abgewiesen, weil sie mangelhaft substantiirt war, so steht das Erkenntniß einer später angebrachten gehörig substantiirten Klage richtiger Ansicht nach nicht entgegen. Um dies zum Ausdruck zu bringen, pflegte bis zum Inkrafttreten der R. C. P. O. die Abweisung wegen mangelnder Substantiirung „angebrachtermaßen" zu geschehen. Nothwendig ist dieser Vorbehalt nicht, er ist aber durch die R. C. P. O. auch nicht ausgeschlossen und kann, um die Tragweite des Urtheils zum unzweideutigen Ausdruck zu bringen, zweckmäßig sein. Vgl. Westerburg: Giebt es noch eine Abweisung angebrachter Art? bei Gruchot Bd. 24 S. 186.

15) R. C. P. O. § 130.

16) Anders ein vielbesprochenes Erkenntniß des R. G. Bd. 6 S. 356, laut dessen die R. C. P. O. Abweisung angebrachtermaßen, also unter dem Vorbehalt künftiger besserer Substantiirung um deswillen nicht kennen soll, weil der Richter die Aufgabe habe, durch die Fragestellung zu ermitteln, ob eine genügende Substantiirung möglich sei, oder nicht. Dies wäre nur dann richtig, wenn der Richter stets bei Nichtbeantwortung oder unzureichender Beantwortung seiner Fragen zur Ueberzeugung kommen könnte und müßte, der Thatbestand, auf den sich die Frage richtete, sei nicht vorhanden, so daß er schon jetzt um deswillen das Bestehen der erfragten Thatsachen verneinen könnte. Eine derartige formelle Beweisregel kennt die R. C. P. O. nicht. Sie ließe sich auch nicht rechtfertigen, weil die Beantwortung zur Zeit unthunlich, ja unmöglich sein kann. R. G. Bd. 5 S. 122 setzt denn auch die Zulässigkeit einer Abweisung angebrachtermaßen voraus. Vgl. Westerburg bei Gruchot Bd. 24 S. 186, Eccius Bd. 1 § 55 Anm. 19.

17) Vgl. A. G. O. I, 5 § 17 zu A. u. Ziff. 1.

18) Die Frage fällt zum großen Theil mit derjenigen der Beweislast zusammen. Vgl. aber unten § 128.

Rechte des Klägers beizubringen, absolute Gewißheit braucht er nicht zu gewinnen. Der leitende Grundgedanke für die Anführungspflicht ist daher, daß der Richter das Vorbringen derjenigen Thatsachen zu fordern hat, welche nach der Beurtheilung eines verständigen, die Lebensverhältnisse klar überschauenden Mannes zur Annahme des Bestehens des fraglichen Rechtes führen müssen.[19] Diesen Grundgedanken, welcher freilich in solcher Allgemeinheit dem Ermessen des Richters zu viel Spielraum ließe, hat dann das Recht und die Uebung der Rechtsprechung in besonderen Regeln ausgedrückt, in welchen sich die Erfahrung der Jahrhunderte verkörpert. Immerhin ist bei der Anwendung dieser Regeln nothwendig, daß der Richter sich jenem leitenden Grundgedanken nie entfremde.

Nach denselben hat der Kläger nur diejenigen Thatsachen zu erzählen, denen sein Recht die Entstehung verdankt. Und zwar genügt es, daß aus denselben die Entstehung des Rechtes nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge folgt. Daher ist namentlich das Vorhandensein allgemeiner Voraussetzungen der Entstehung des Rechtes, wie Rechts- und Handlungsfähigkeit, z. B. Großjährigkeit des Mitkontrahenten,[20] ferner Verkehrsfähigkeit des Geschäftsgegenstandes nicht zu behaupten. Aber auch die Aufzählung mancher besonderen Voraussetzungen der Entstehung des eingeklagten Rechtes wird billigerweise vom Kläger nicht erwartet. So hat, wer sich auf einen Vertrag stützt, nicht die Willensernstlichkeit bei dessen Abschlusse, wer ein gesetzliches Erbrecht behauptet, nicht das Nichtbestehen eines Testamentes darzuthun. Hiernach unterscheidet die Wissenschaft rechtshindernde Thatsachen, welche der Gegner anzuführen hat, von rechtsbegründenden, deren Anführung dem Kläger obliegt.[21] Was aber zu der einen oder anderen Klasse gehört, kann nicht nach logischen Gründen bestimmt werden, sondern nur nach praktischer Erwägung der Verhältnisse, die sich an die Uebung der Rechtsprechung anlehnt.

Durchgreifend ist die Regel, daß es Sache des Beklagten ist, diejenigen Thatsachen seinerseits zur Sprache zu bringen, welche die Anfechtbarkeit oder die Wiederaufhebung des klägerischen Rechtes bewirken.

3. Aus dem Klagevortrage muß hervorgehen, daß der geltend gemachte Anspruch gerade dem Kläger gegen den Beklagten zusteht. Nicht selten fällt dieser Nachweis zusammen mit dem Nachweis des angesprochenen

---

19) Vgl. die treffenden Worte des R. G. Bd. 15 S. 339.

20) Siehe auch unten Bd. 2 § 280 Anm. 11.

21) Es sind dies ganz passende Bezeichnungen. Wenn aber Viele, z. B. Unger Bd. 2 S. 451 in der Bezeichnung gewisser Thatsachen als „positiv oder negativ wirkender" eine Grundlage für die Substantiirung und die Verteilung der Beweislast erblicken, so bewegen sie sich im Cirkel.

Rechtes. Wo dies nicht der Fall ist, bedarf es der Anführung besonderer Thatsachen zu diesem Zweck; deshalb hat z. B. der Cessionar in der Klage gegen den Schuldner der abgetretenen Forderung außer den Thatsachen, welche die Forderung begründen, diejenigen, aus welchen sich deren Abtretung ergiebt, anzuführen; hat ferner, wer mit der Eigenthumsklage auftritt, außer den Thatsachen, welche die Begründung seines Eigenthumsrechts darthun, den Besitz des Beklagten zu behaupten. Die Thatsachen, welche die Beziehung des Rechtsverhältnisses auf die Person des Klägers beziehungsweise des Beklagten besonders darthun, bilden die aktive beziehungsweise passive Legitimation zur Sache.[22]

4. An die Geschichtserzählung muß sich ein Antrag knüpfen, aus welchem hervorgeht, worüber Kläger den richterlichen Ausspruch begehrt.[23] Der in die Klagschrift aufgenommene Antrag soll zwar grundsätzlich nach Erhebung der Klage nicht mehr geändert werden. Es gilt jedoch nicht als Aenderung, sondern als bloße Umgestaltung, wenn nachträglich der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt oder wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen später eingetretener Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.[24] Auch Erläuterungen des Antrags sind zu beachten. Selbst eine unbestimmte oder unrichtige Fassung des Klagantrags hindert den Richter nicht, eine Entscheidung derjenigen Streitfrage zu treffen, welche die Parteien, wie aus ihren thatsächlichen Angaben mit Sicherheit erhellt, seiner Entscheidung unterbreiten wollten.[25]

---

22) Die A. G. O. I, 5 § 4 Ziff. 6. I, 10 § 81a hatte unrichtigerweise in Gemäßheit der älteren Theorie die Legitimation zur Sache und zum Prozesse nach gleichen Grundsätzen behandelt. — Unter letzterer versteht man die Befugniß zur Vertretung einer Prozeßpartei. Den Nachweis dieser Legitimation zum Prozesse hat der Richter von Amtswegen zu fordern, da die Verhandlung, wenn eine solche Vollmacht nicht besteht, gegenüber der nur scheinbar vertretenen Partei nichtig sein müßte, der Richter aber Nichtigkeiten zu verhüten hat. Dagegen die Legitimation zur Sache ist ein besonderer Theil des Klaggrundes, und der Richter hat also keineswegs Anlaß, seinerseits den Nachweis zu betreiben. Wird sie vom Gegner bestritten und vom Kläger nicht erwiesen, so ist die Klage abzuweisen. Bethmann-Hollweg Versuche S. 118. Die R. C. P. O. § 54 weist den Richter hiernach nur an, die Legitimation zum Prozeß von Amtswegen zu berücksichtigen.

23) Nach einem Beschluß der vereinigten Civilsenate des R. G. — R. G. Bd. 21 S. 382 — sind Schadensersatzklagen, unter Vorbehalt der Feststellung des Betrags des Schadens in besonderem Verfahren, nur zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Feststellungsklage — C. P. O. § 231 — vorliegen. Doch soll sich dies nach R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1058 auf principale Schadensersatzklagen beschränken.

24) R. C. P. O. § 240 Ziff. 2 und Ziff. 3.

25) Dies fällt unter die Interpretation der Klage durch den Richter, welche in liberaler Weise der Absicht des Klägers entsprechend vorzunehmen ist. Es ist schlechthin verwerflich, wenn der Richter, statt den Parteien helfend zur Seite zu stehen, deren Vorbringen, fast feindlich, dem Wortlaut gemäß interpretirt, um dieselben zurückzuweisen.

§ 127. Einreden.[1]

1. Dem Beklagten steht frei, sich gegen die Klage zu vertheidigen oder die Folgen des Angriffes des Klägers über sich ergehen zu lassen. Eine Rechtspflicht zur Einlassung, wie im alten römischen Prozeß, besteht nicht, da auch ohne solche das Recht seinen Gang hat.[2]

Die Vertheidigung kann entweder Leugnung der Klage sein oder, was den Gegensatz bildet, Einrede. Die Begrenzung des Gebietes der Einreden ist hiernach wesentlich abhängig von der Art, wie die Klage zu fassen ist.

a) Besteht die Klage, wie in Rom, in einer Rechtsbehauptung des Klägers, z. B. des Bestehens einer Schuldverpflichtung des Beklagten gegenüber dem Kläger, so fällt jede Vertheidigung, welche diese Rechtsbehauptung verneint, unter die Leugnung der Klage, z. B. die Berufung auf wesentlichen Irrthum oder Handlungsunfähigkeit beim Abschlusse des Geschäftes, oder das Vorschützen einer stattgefundenen Tilgung der Verpflichtung. Hier also bilden Exceptionen nur diejenigen Einwendungen des Beklagten, welche geltend machen, daß, was an sich Recht ist, dennoch, sei es wegen besonderer rechtlich erheblicher Umstände, sei es in Folge des fortgeschrittenen Rechtsbewußtseins allgemein, unwirksam sein müsse.[3]

b) Der Kreis der Einreden mußte sich erweitern, seit die Aufgabe der Klage nur die Anführung von Thatsachen ist, aus welchen sich der Richter sein Urtheil zu bilden hat. Gegenüber der heutigen Klage ist also jede Vertheidigung eine Einrede, bei welcher man nicht die Klagthatsachen verneint, sondern mittels Anführung selbständiger Thatsachen die Verurtheilung abzuwenden sucht.[4] Daher gehört bei uns zur Einrede nicht bloß die römische Exception, also der Einwand, daß das Recht des Klägers in Folge entgegenstehender rechtlich erheblicher Thatsachen nicht zur Verurtheilung des

1) Vgl. bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 137 Citirte.

2) Bülow Archiv f. c. Pr. Bd. 62 S. 1 ff. Dagegen Wach Präklusion und Kontumaz in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 130 ff. — Ist ein Vertrag, daß der eine der Vertragschließenden der Klage oder einem Zahlungsbefehl nicht widersprechen soll, gültig? Er ist nicht zu beachten, weil er den Rechtsweg ausschließen soll, oben § 124 Anm. 3. Anders Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 298.

3) Für die Entwickelung des römischen Rechtes war seit der Kaiserzeit ein wesentlicher Faktor die sog. exceptio doli generalis: ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra aequitatem naturalem prosit, l. 1 § 1 D. de doli mali exceptione 44, 4. Derselbe Gedanke macht richtiger Ansicht nach auch bei uns auf Durchführung Anspruch. Eine solche exceptio doli generalis kommt in der modernen Praxis dann zur Geltung, wenn ein Anspruch zwar in der positiven Gesetzgebung begründet ist, wenn ihm aber im gegebenen Falle das allgemeine Rechtsgefühl der Art entgegensteht, daß sich das Gericht demselben nicht zu verschließen vermag. Vgl. oben § 85 Anm. 16. Andere Auffassungen führt aus: Römer die exceptio doli bei Goldschmidt Zeitschrift Bd. 20 S. 48 ff.

4) A. G. O. I, 9 § 11, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 900.

Beklagten führen könne, sondern ebensowohl die Einwendung von Thatsachen, aus welchen sich ergiebt, daß ein Recht des Klägers, z. B. wegen Handlungsunfähigkeit des Schuldners überhaupt nicht entstanden ist, oder daß dasselbe bereits aufgehoben ist, z. B. in Folge Zahlung der eingeklagten Schuld. Daher zählen zu den Einreden auch die s. g. prozeßhindernden — wie die der Unzuständigkeit des Gerichts, der mangelnden Prozeßfähigkeit — deren Verhandlung und Erledigung Beklagter vor Erörterung der Hauptsache fordern kann.[5] Denn wenn solche Einwendungen auch nur den Mangel der nothwendigen Voraussetzungen einer gültigen Prozeßverhandlung rügen,[6] so sind sie doch auf Thatsachen zu stützen, welche der Beklagte vorbringt und darum zu beweisen hat, sofern sie streitig und nicht gerichtskundig sind.

2. Es kann sein, daß die Thatsachen, welche geeignet sind, den Einredestoff zu liefern, aus dem Klagvortrag selbst erhellen oder dem Gericht amtlich bekannt sind. Ergeben sie, daß ein Recht des Klägers nicht besteht oder nicht mehr besteht, oder daß die unumgänglichen Prozeßvoraussetzungen fehlen, so begründen sie die Abweisung der Klage von Amtswegen, auch wenn sie der Beklagte nicht besonders vorschützt.[7] Begründen sie aber bloß eine Anfechtbarkeit des Rechtes des Klägers, so kann sie der Richter nur beachten, wenn sich der Beklagte auf sie beruft.[8]

3. An und für sich enthält das Vorbringen einer Einrede weder die Anerkennung der Klagthatsachen, noch auch der Schlüssigkeit derselben, was man durch den Rechtsspruch auszudrücken pflegt: „qui excipit, non fatetur."[9] Erzählt indessen der Beklagte behufs Begründung einer Einrede Thatsachen, welche mit den klägerischerseits gemachten Behauptungen völlig übereinstimmen, so sind die letzteren natürlich zugestanden und es kann

---

5) R.C.P.O. §§ 247. 248. Die prozeßhindernden Einreden sind gleichzeitig und vor Verhandlung der Hauptsache vorzubringen, widrigenfalls der Beklagte wenigstens im Anwaltprozeß mit ihnen ausgeschlossen ist, über den Parteienprozeß vgl. R.C.P.O. § 465. Hierin liegt ein Rest der Eventualmaxime.

6) Bülow Prozeßeinreden 1868.

7) Dies ist durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals Präj. Nr. 1108, Entsch. Bd. 7 S. 308 besonders anerkannt worden. Wenn also, wie dies in dem fraglichen Falle vorlag, der verklagte Pächter die Klage des Verpächters auf Räumung des Pachtgutes aus dem Grunde bestreitet, weil ihm nicht in gehöriger Weise gekündigt worden sei, das Gericht aber findet, daß dem Verpächter nach dem Inhalte des Pachtvertrages, auf den sich der Kläger beruft, überhaupt noch kein Kündigungsrecht zusteht, so kann dasselbe die Klage auf Grund dieses nicht geltend gemachten Umstandes zurückweisen, da sich aus demselben ergiebt, daß die vom Kläger vorgeschützten Thatsachen nicht schlüssig — vgl. oben § 126 bei Anm. 14 — sind. Auch kann nach der Regel „qui excipit, non fatetur" — siehe bei Anm. 9 — nicht angenommen werden, daß der Beklagte das Kündigungsrecht stillschweigend anerkannt habe, indem er bloß die Einwendung, daß nicht zur gehörigen Zeit gekündigt worden sei, der Klage entgegensetzte. Vgl. auch Eccius Bd. 1 S. 298.

8) Vgl. oben § 71 zu b.

9) l. 9 D. de except. 44, 1. Dies unvorgreiflich R.C.P.O. § 129 Abs. 2.

selbst eine hiergegen gerichtete Verwahrung des Beklagten nicht beachtet werden.[10]

4. Einreden begründen keine Rechtshängigkeit.[11] Dies gilt auch von der Einrede der Kompensation.

5. Die Einreden bewirken bald schlechthin Abweisung der Klage — peremptorische — bald haben sie nur eine schwächere Wirkung — dilatorische Einreden — sei es, daß sie nur die bedingte Zuerkennung des Anspruches oder die Abweisung des Klägers zur Zeit herbeiführen.[12]

6. Wie sich der Umfang der Einreden im neueren Rechte erweiterte, also mußte dies auch folgerecht mit Repliken und Dupliken geschehen. Auch Repliken sind deshalb nicht mehr, wie dies in Rom mehr oder weniger der Fall war, Rechtsbehauptungen, welche die Einreden entkräften, sie werden vielmehr durch die Erzählung derjenigen selbständigen Thatsachen gebildet, welche der Wirkung der Einredethatsachen begegnen. Entsprechend steht es mit den Dupliken.

7. Für die Einrede-, Replik- und Duplikthatsachen besteht zu Lasten des sie Vorschützenden die Pflicht der Anführung und des Beweises in gleichem Maße, wie für die Klagethatsachen.

§ 128. Die Beweislast. Vermuthungen.

1. Die Frage, wer von den Prozeßparteien streitige Thatsachen zu beweisen habe, und was er zu beweisen habe — die Beweislast — wird nach R. C. P. O. weder durch ein Zwischenurtheil — wie im gemeinen Prozeß durch Beweisinterlokut — noch auch nur durch Beweisbeschluß geregelt.[1] Sie ist

---

10) Vgl. R. C. P. O. § 262 und hierzu oben § 81 Anm. 10. Daß aber ein bedingtes Geschäft ein anderes ist als das im übrigen gleichlautende unbedingte, darüber siehe oben § 86 Anm. 3. Ueberhaupt soll der willkürlichen Theilung der Geständnisse, wie sie oft geübt wird, durch den Text nicht hinterher ein Zugeständniß gemacht werden.

11) Vgl. R. C. P. O. § 235 („Klage").

12) Die römische Eintheilung der Einreden in solche, die nur gewissen Beklagten zustehen, exceptiones personae cohaerentes und in solche, die von jedem Beklagten geltend gemacht werden können, rei cohaerentes, ferner in solche, die jedem Kläger gegenüber wirken (in rem), oder nur gewissen Klagberechtigten schaden (in personam), hat nur Bedeutung für die Exceptionen im engeren Sinne. Die Einreden, welche die Nichtexistenz eines vom Kläger geltend gemachten Rechtes darthun sollen, können natürlich von Jedem vorgeschützt werden, da hierdurch nur der Anschein eines Rechtes, welcher dem Kläger zu Gute kommt, zerstört wird. Hier kann man daher nie von einer exceptio de jure tertii zwecks ihrer Zurückweisung sprechen. Anders werden vielfach die Fragen der Legitimation zur Sache — oben § 127 zu 3 a. E. — behandelt.

1) Die Parteien haben unter Bezeichnung der Beweismittel den Beweis anzutreten, vgl. R. C. P. O. § 255. Nur wenn die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren erfordert, ist dieses durch Beweisbeschluß anzuordnen, R. C. P. O. § 324. Aber auch dieser Beweisbeschluß regelt die Frage der Beweislast nicht.

um deswillen von nicht geringerer Wichtigkeit, da eine richtige Beantwortung die Prozeßparteien lehrt, über welche Thatsachen sie mit Beweisen ihrerseits hervorzutreten haben und da der Richter im Endurtheil, wenn die beigebrachten Beweise den bestrittenen Thatbestand nicht vollständig aufhellen, nach den Regeln über die Beweislast seine Entscheidung fällen muß.[2] Die deutsche Prozeßordnung, welche in der Regel Fragen des materiellen Aktionenrechts nicht betrifft, hat auch über die Beweislast nichts bestimmt, so daß es dieserhalb bei den bisherigen Rechtsregeln bleibt.[3]

2. Diese Regeln über die Beweislast wurzeln in der Erfahrung, welche lehrt, unter welchen Voraussetzungen man in dem Durchschnitt der Fälle Thatsachen als wahr annehmen darf und muß.[4] Die römische Jurisprudenz hat die bezüglichen Erfahrungssätze vielfach genauer bestimmt; ihre Formulirungen sind überwiegend maßgebend geblieben, unter dem Einfluß der mittelalterlichen Doktrin zeitweise aber schematisch angewendet worden und erstarrt.[5]

Als allgemeinster Satz ist anzuerkennen, daß der Kläger der Regel nach zu beweisen hat, was er zur Schlüssigkeit seiner Klage anzuführen hat.[6] Das Entsprechende gilt für Einreden, Repliken und Dupliken. Dennoch ist der Satz nicht ausnahmelos, denn richtiger Ansicht nach hat der Kläger in der Regel das Nichtbestehen von Thatsachen nicht zu beweisen,[7] wenn

---

2) Hat eine Partei einen Beweis angetreten, welchen sie nicht zu führen hatte, so wird sie im Fall des Mißlingens des Beweises deshalb nicht sachfällig.

3) Sehr verschieden ist die weitere, rein prozessualische, Frage, wie dem Richter die Ueberzeugung von der Richtigkeit der von den Parteien zu beweisenden Thatsachen beizubringen ist. Das gemeine Recht stellte bestimmte Regeln darüber auf, unter welchen Umständen der Richter einen Beweis für vollständig oder für unvollständig geführt anzusehen habe — s.g. formelle Beweistheorie. — Dem folgte die A.G.O. I, 13 § 9 ff. Nach mehreren preußischen Sondergesetzen hatte jedoch schon vor der R. C. P. O. der Civilprozeßrichter in betroffenen Fällen gemäß seiner freien Ueberzeugung zu urtheilen. Die R. C. P. O. § 259 hat die freie Beweiswürdigung zur Regel erhoben. Hiermit steht in innerem Zusammenhang, daß das Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 14 Ziff. 3 Vermuthungen, nach welchen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen war, außer Kraft gesetzt hat; dagegen hält § 16 Ziff. 1 dieses Gesetzes die Vermuthungen aufrecht, wonach der Richter eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Gegenbeweis als gewiß anzusehen hat.

4) Wenn man neuerdings, z. B. Unger Bd. 2 S. 451, diese Regeln darauf zurückführt, daß es eine Forderung natürlicher Billigkeit sei, in dem Kampfe streitender Parteien „Sonne und Wind gleich vertheilen" und nicht alle Last dem sein Recht suchenden Theile aufzubürden, so ist dies doch nur eine äußerliche Rechtfertigung.

5) Ueber Beweislast vgl. u. A. Maxen Beweislast 1861, Langenbeck die Beweisführung 1869, Bd. 2 S. 248 ff.

6) Dies spricht Einleitung der A.G.O. § 16 aus.

7) Der Ausspruch von Paulus in der l. 2 D. de probat. 22, 3, ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat sollte allerdings die Beweispflicht für die von jeder Partei gemachte Rechtsbehauptung feststellen. Indessen Diocletian wendet bereits den Satz zweifelsohne auf die Verneinung von Thatsachen an l. 10 C. de non num. pec. 4, 30 inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numera-

er auch auf diese Voraussetzung seine Rechte gründet und derselben gedenken muß, um eine schlüssige Klage herzustellen. So hat der Vermiether, welcher eine Räumungsklage gegen den Miether wegen Nichtzahlung des Miethzinses anstellt, um die Schlüssigkeit der Klage herzustellen, natürlich zu behaupten, daß ihm der Miethzins nicht bezahlt sei; aber beweisen muß er dies nicht, da der Richter, so lange ihm die Thatsache der Zahlung von dem Miether, den sie angeht, nicht dargethan ist, eine Tilgung der Miethschuld nicht annehmen kann.[8] Ebenso hat derjenige, welcher sich auf eine Verjährung stützt, zwar die Nichtausübung des Rechtes während der Verjährungszeit behufs der Schlüssigkeit seines Vorbringens zu behaupten, dieselbe jedoch keineswegs zu beweisen, da eine Ausübung des Rechtes, wenn sie nicht vom Berechtigten dargethan wird, nicht zu unterstellen ist.[9]

3. In vielen Fällen regelt sich die Beweislast nach Vermuthungen.[10] Solche sind in den preußischen Rechtsquellen sehr häufig, aber auch in Reichs-

---

tionem, cujus naturali ratione probatio nulla est ... magna est differentia. Hiernach nahm denn auch die herrschende gemeinrechtliche Lehre von jeher an, daß der Regel nach die Verneinung von Thatsachen nicht zu beweisen sei, — vgl. gl. Accursiana zu l. 23 C. de probat. Bethmann-Hollweg Versuche S. 327 ff., — und dieser Satz wird nicht dadurch zweifelhaft, daß man ihn auf den viel zu weit führenden Grund stützte, der Beweis der Nichtexistenz einer Thatsache sei unmöglich. Auch hat sich die Praxis denselben durch die moderne Theorie. — Weber, die Verbindlichkeit der Beweisführung, 1805; Bethmann-Hollweg Versuche S. 331 ff. — nicht entreißen lassen. Im preußischen Rechte kann man sich hierfür auf A. G. O. I, 13 § 28 unten Anm. 11 berufen. Gegen diese Auffassung Eccius Bd. 1 § 54 Anm. 12.

8) Fernere Beispiele Bd. 2 § 215 Anm. 10, § 291 bei Anm. 11. Aus gleichem Grunde hat derjenige, welchem für den Fall ein Kündigungsrecht zusteht, daß ihm Zinsen nicht rechtzeitig gezahlt wurden, richtiger Ansicht nach nicht die Nichtzahlung der Zinsen zu beweisen. Auch gemeinrechtlich ist nicht in Abrede zu stellen, daß der Eigenthümer der Emphyteuse die Privationsklage wegen dreijähriger Nichtzahlung des Kanons anstellen konnte, ohne daß er die Nichtzahlung beweisen mußte. l. 2 C. de jure emphyt. 4, 66. Bethmann-Hollweg S. 343, Unger Bd. 2 § 129 Anm. 31. Das Obertribunal freilich hat erkannt, Striethorst Archiv Bd. 27 S. 335, daß dann, wenn das Fälligwerden des Kapitals von der Nichtzahlung der Zinsen abhänge, zur Begründung der Mandatsklage der urkundliche Beweis dieser Nichtzahlung nothwendig sei! Natürlich hatte indessen der Kläger in der Mandatsklage nur das urkundlich zu belegen, was ihm überhaupt zu beweisen oblag. Wie unrichtig es aber ist, dem Kläger den Beweis der Nichtzahlung der Zinsen aufzulegen, ergiebt sich daraus, daß wenn dieser Kläger die Zinsen als solche einfordert, der Beklagte seinerseits deren Zahlung beweisen muß, so daß also der Kläger nur auf den Umweg gedrängt wird, zuerst im Urkundenprozeß die Zinsen einzuklagen, nud wenn ihm diese, weil der Beklagte die Zahlung nicht liquid stellen kann, rechtskräftig zugesprochen sind, dann erst das Kapital wegen Nichtzahlung der Zinsen zu fordern. Eccius a. a. O. sieht ein, daß dies verkehrt ist, will aber, um das herkömmliche Dogma festzuhalten, die Abrede dahin auffassen, daß mit dem Eintritt des Zinstermines Kapital und Zinsen fällig seien, daß aber pünktliche Zinszahlung die Fälligkeit des Kapitals wieder beseitigen solle. Dies ist nicht als die Auffassung der Vertragschließenden nachgewiesen und eine willkürliche Konstruktion.

9) Präj. d. Ob. Trib. n. 1334. Dagegen freilich Entsch. Bd. 44 S. 137.

10) Ueber Präsumtionen siehe A. G. O I, 13 § 27 ff. R. Koch bei Gruchot Bd. 13 S. 321 ff., Burkhardt die civilistischen Präsumtionen 1866.

gesetzen nicht selten. Zahlreiche Vermuthungen sprechen nur aus, was sich bei verständiger Behandlung der Beweisfrage von selbst ergiebt, daß der Richter Thatsachen, welche ihm nicht nachgewiesen sind, auch nicht als richtig annehmen soll. Solche Vermuthungen sind im Grunde überflüssig.[11] Von Bedeutung sind nur Rechtsvermuthungen, wonach aus dem Vorhandensein gewisser Thatsachen auf das Bestehen anderer Thatsachen oder eines Rechtsverhältnisses geschlossen werden soll. Derartige Vermuthungen wurzeln zum großen Theil in der Erfahrung, ihr Aussprechen im Gesetz soll nur etwaige Fehlgriffe des Richters abschneiden.[12] So begründet die Verheimlichung des Besitzes gestohlener oder verlorener Sachen die Vermuthung, daß der Erwerb derselben ein unredlicher gewesen sei,[13] Thun und Dulden dessen, was uns nachtheilig ist, führt zur Vermuthung, daß die Meinung einer Verpflichtung diesem Benehmen zu Grunde liege, ferner wird vermuthet, daß der Besitz ein rechtmäßiger sei, d. h. daß der thatsächliche Zustand dem Rechte entspreche, sowie auch, daß man Rechte nur gegen angemessene Vergütung habe aufopfern wollen.[14] [15] Zuweilen haben solche Vermuthungen rechtspolitische Zwecke.[16]

---

11) Die allgemeinste negative Präsumtion dieser Art enthält A. G. O. I, 13 § 28 dahin, daß keine Thatsache und keine Veränderung zu vermuthen ist. Hieraus kann begreiflich nicht rückwärts geschlossen werden, daß ein Recht, das jetzt besteht, z. B. Eigenthum des A. an einer Sache, auch schon früher in einem gewissen kritischen Momente bestand, sondern nur, daß die Veränderung von Thatsachen, die früher bestanden, des Beweises bedarf. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 8 S. 465. Auch ist der Grundsatz nicht anwendbar bei Zuständen, welche ihrer Natur nach der Veränderung regelmäßig unterworfen sind, z. B. hinsichtlich des Waarenbestandes eines offenen Geschäftes. Striethorst Archiv Bd. 64 S. 5. Dagegen ist eine besondere Anwendung, daß nach Anhang § 106 zu A. G. O. I, 13 § 28 nicht vermuthet werden soll, daß Jemand verheirathet gewesen ist und Kinder erzeugt hat, ferner daß nicht zu vermuthen ist die Verfälschung einer Urkunde, ebensowenig Verschulden im Fall einer Beschädigung, auch nicht die Beschränktheit oder die Getheiltheit des Eigenthums A. G. O. I, 10 § 121, I, 10 § 88[b]. L. R. I, 6 § 24, I, 8 §§ 22. 23, vgl. I, 19 §§ 14—28. Zuweilen fassen die Gesetze ihrem Sinne nach negative Präsumtionen in positiver Form. So drückt L. R. I, 7 § 18 den Satz: die Unredlichkeit des Besitzes wird nicht vermuthet und ist zu beweisen, durch die Worte aus: „die allgemeine Vermuthung streitet für die Redlichkeit des Besitzes."

12) Natürlich kann der Richter ähnliche Schlüsse auch da machen, wo ihn das Gesetz hierzu nicht anweist, aber nach der Lebenserfahrung ein solcher Schluß gerechtfertigt ist; der Unterschied der Rechtsvermuthung von derartigen Vermuthungen liegt nur darin, daß der Richter an die erstere gebunden ist, während bei den letzteren das Ermessen des Richters bestimmend ist.

13) L. R. I, 15 § 41, ferner L. R. I, 7 § 19, I, 11 §§ 199 ff. 801 ff. I, 11 § 842. I, 12 § 586. I, 16 §§ 98. 102. 103. 106. 114. 133—139. II, 1 § 544.

14) L. R. I, 7 §§ 107. 168. I, 11 § 1040. I, 5 § 260, vgl. I, 21 § 8. II, 2 § 245.

15) Zu den Rechtsvermuthungen dieser Art gehören gesetzliche Vorschriften über Auslegung gewisser Arten von Rechtsgeschäften, vgl. Handelsgesetzbuch Art. 806, auch Art. 853. Dagegen können nicht als Rechtsvermuthungen aufgefaßt werden die sogenannten Dispositivgesetze, d. h. Rechtsvorschriften, welche durch einen entgegengesetzten Willen der Parteien ausgeschlossen werden können; vgl. oben § 15 Anm. 1. Solche Bestimmungen gründen sich keineswegs ausschließlich auf einen muthmaßlichen Willen

Sie werden namentlich nicht selten aufgestellt, um denjenigen, welcher durch die pflichtwidrige Handlung eines Anderen in die Lage gesetzt ist, einen Schaden nachzuweisen, von dem Beweise zu entlasten und denselben auf den pflichtvergessenen Gegner zu überwälzen.[17] Ist die Thatsache, an welche das Gesetz seinen Schluß knüpft, nachgewiesen, so ist der Folgesatz erbracht, und es bedarf nicht etwa eines nothwendigen Eides, um dessen Richtigkeit herzustellen.[18] Gleichwohl ist der Gegenbeweis gegen die Thatsache, auf die nach der Rechtsvorschrift geschlossen wird, mit anderen Worten der Beweis eines anderen Sachverhaltes regelmäßig zulässig, er kann auch durch zulängliche Gegenindicien geführt werden.

Zuweilen geben die Gesetze jedoch unter der Form von Vermuthungen nicht sowohl Beweisregeln, als Rechtsvorschriften. Es wird z. B. vom Gesetze vermuthet, daß Jedermann, den es angeht, den Inhalt des Grundbuches kenne, womit ausgedrückt wird, daß dessen Einträge auch gegen diejenigen wirken, welche von denselben nichts wußten.[19] [20] Gegen solche Vermuthungen (sogenannte praesumtiones juris et de jure) ist der Gegenbeweis unzulässig.

III. Einfluß des Prozesses auf das eingeklagte Recht.[1]

§ 129. Einleitung.

Der Prozeß hat regelmäßig zum Ziele, das bestehende Recht zwischen den Parteien klarzustellen. Trotzdem erleiden durch den Prozeß die Rechtsverhältnisse der Parteien auch wesentliche Umgestaltungen. Das Recht knüpft nämlich an den Prozeßbeginn Veränderungen des eingeklagten Rechtes, indem sich von diesem Zeitpunkt an die Ansprüche des Klägers steigern.

Ferner giebt das verurtheilende Enderkenntniß dem zu Grunde liegenden Rechte mittels der richterlichen Anerkennung eine neue Grundlage und verleiht ihm neue rechtliche Eigenschaften, während der von der Klage Losgesprochene in dem freisprechenden Urtheil die sicherste Vertheidigung gegen jede Wiederholung der ungerechtfertigten Ansprüche findet. Die so gewonnene

der Parteien, wenn ihnen auch die Durchschnittsansicht des Verkehrs vielfach zur Grundlage dient. Siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 32.

16) Vgl. die Vermuthungen des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 § 44 über militärische Testamente unten Bd. 3 § 114 zu d.

17) So z. B. Handelsgesetzbuch Art. 777 Abs. 2.

18) L. R. I, 4 § 64, I, 16 § 143, vgl. indessen § 144.

19) L. R. I, 4 § 19. Darüber, daß sich dies nur auf dingliche Rechtsverhältnisse, nicht auf persönliche Ansprüche bezieht, vgl. unten § 202 zu 2 und Bd. 2 § 141 a. E.

20) Vgl. weiter Handelsgesetzbuch Art. 274, unten Bd. 2 § 9.

1) Vgl. insbesondere Savigny Bd. 6, Wächter Erört. Heft 3 S. 1—134.

Sicherheit hat aber ihre Kehrseite, in welcher sich ein unvermeidliches Uebel darstellt. Es ist nämlich die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die Prozeßverhandlung dem Richter ein unrichtiges Bild von dem Sachverhältniß gewährte, indem erhebliche Thatsachen von den Parteien nicht angeführt oder nicht gehörig bewiesen oder gar unrichtige Thatsachen zugestanden oder wegen Versäumniß für zugestanden erachtet wurden; es ist auch möglich, daß der Richter beim Fällen des Urtheils, sei es in der Auffassung der Thatsachen, sei es in deren rechtlicher Beurtheilung, irrte. In Folge dessen kann das Ergebniß des Prozesses sein, daß der Richter wirkliches Recht ganz oder theilweise verneint und daß er umgekehrt nicht wirkliches Recht anerkennt. Hierdurch aber bilden sich unter dem Scheine der bloßen Anerkennung der alten neue Rechtsverhältnisse, welchen der Staat volle Kraft beilegen muß. Denn die Geltung der rechtskräftigen Urtheile beruht nicht auf ihrer stets dem Zweifel ausgesetzten inneren Begründung, sondern auf ihrem Ansehen als endgültigem Ausspruch der zuständigen Staatsorgane.

1. Der Prozeßbeginn.

§ 130. Die Folgen des Prozeßbeginns im Allgemeinen.

1. Nach römischer Auffassung entstand mit dem Prozeßbeginn eine neue Verbindlichkeit des Beklagten des Inhaltes, sich der Verurtheilung für den Fall der Richtigkeit der Klagebehauptung zu unterwerfen.[1] Diese Prozeßobligation wurde auf eine Art Vertrag zurückgeführt, da man annahm, daß die Parteien beiderseits richterlichen Spruch forderten und sich demselben damit unterwarfen.[2] Die durch denselben entstandene Berechtigung trat an die Stelle der ursprünglichen, der Klage zu Grunde liegenden Ansprüche, und bildete damit eine Art der Novation.[3]

Diese Novation knüpfte sich nicht schon an die Klagmittheilung, bei welcher der Beklagte noch nicht verhandelte, sondern, da sie auch Thätigkeit des Beklagten voraussetzte, an die Litiskontestation, mit welcher die Parteien über die Rechtsbehauptungen, um welche sie stritten, den Spruch des Richters herausforderten.

Dieser hatte folgerecht den Rechtszustand zur Zeit der Litiskontestation seinem Entscheid zu Grunde zu legen; daraus leitete man den Satz ab, daß eine während der Dauer des Prozesses eintretende Verjährung des eingeklagten Rechtes nicht zu berücksichtigen sei, nicht minder,

---

1) Dernburg Pand. Bd. 1 § 153.

2) Sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1. l. 22 D. tutelae 27, 3.

3) l. 11 § 1. l. 29 D. de novat. 46, 2. Vatic. fragm. § 263, unten Bd. 2 § 62.

daß sich unvererbliche Rechte von der Litiskontestation an vererbten. Auf die Dauer ließ sich jedoch die Nichtberücksichtigung der während des Prozesses eintretenden Veränderungen nicht allgemein festhalten, da sie zu unnatürlichen und unbilligen Ergebnissen führen mußte.

Für dingliche Klagen finden wir bei römischen Juristen ausgesprochen, daß der verklagte Besitzer, indem er den prozessualischen Kampf gegen das Recht des Klägers aufnahm und mit Unrecht das richterliche Urtheil für sich forderte, in Schuld sei, daß er also durch die Litiskontestation zum unredlichen Besitzer werde ohne Rücksicht darauf, ob er sich zum Besitz für berechtigt hielt. Dieser Gedanke stammt aus jener ältesten Zeit, in welcher man in naiver Weise zwischen objektiver Rechtsverletzung und subjektiver Schuld nicht zu unterscheiden wußte. Einer unbedingten Verwirklichung desselben trat indessen das verfeinerte, diesen Unterschied würdigende Rechtsgefühl der späteren Juristen entgegen.[4]

2. Dem neueren Rechte sind die Grundgedanken fremd, auf welchem der römische Prozeß beruhte.

Der Prozeß bildet kein Rechtsgeschäft mehr zwischen den Parteien,[5] es knüpft sich an ihn keine Novation. Allerdings hat er noch immer neue Verbindlichkeiten in seinem Gefolge. Aber sie gründen sich unmittelbar auf die Rechtsnormen. Sie entsprechen der Gerechtigkeit, indem sie hindern, daß der Beklagte, welcher die ihm obliegende Leistung während des Prozesses hintanhält, hierdurch Vortheile gewinnt, indem sie ferner dem Beklagten sorgfältige Bewahrung des Streitgegenstandes auflegen, welcher ihm während des Prozesses noch belassen wird. —

Das Landrecht stellt, durch Aeußerungen der römischen Juristen veranlaßt, gleichfalls die Annahme auf, daß der Beklagte mit der Behändigung der Klage unredlicher Besitzer wird, und in Verzug geräth, wenn Beides nicht schon früher der Fall war.[6] Doch zieht es hieraus keine weiteren Folgen, als allgemeine Gesichtspunkte ohnehin an die Hand geben und stellt den verklagten Besitzer, trotzdem es dessen Unredlichkeit von der Klagbehändigung an annimmt, mehrfach — z. B. I, 7 § 241 — dem „eigentlichen" unredlichen Besitzer gegenüber.

Nachdem der Gedanke der Novation durch den Prozeß verlassen war, bestand kein Grund mehr, wie in Rom geschah, die Steigerung der Verpflichtungen des Beklagten erst vom Augenblicke der Litiskontestation

4) l. 20 § 11. l. 25 § 7. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3. l. 2 C. de fructibus 7, 51.

5) So bezeichnet den Prozeß gleichwohl Eccius Bd. 1 § 51.

6) L. R. I, 7 § 222. A. G. O. I, 7 § 48 Buchst. d. L. R. I, 16 § 18. Vgl. die Materialien bei Simon und Strampff Zeitschrift Bd. 3 S. 171 ff. S. 321 ff.; wie das Landrecht so auch das östr. b. G. B. § 338.

beginnen zu lassen. Billige Rücksicht auf den Kläger forderte vielmehr, daß die gesteigerte Haftbarkeit und Verantwortlichkeit des Beklagten schon mit der Klagbehändigung eintrat. Dies wurde, wenn auch viel bestritten, herrschende Lehre des gemeinen Rechtes[7] und im wesentlichen preußisches Recht.[8] Hiernach bestimmt die R. C. P. O., daß alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bisher an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage geknüpft waren, mit Erhebung der Klage eintreten, d. h. dem Zeitpunkt, in welchem die schriftliche Klage nach richterlicher Ansetzung des Verhandlungstermins dem Beklagten zugestellt ist oder wenn eine solche nicht vorherging, die mündliche Klage ihm gegenüber in der Verhandlung in zulässiger Weise geltend gemacht ist.[9]

Mit dem Fallenlassen der Novationsidee verlor der römische Satz seinen Boden, daß der auf Seite des Berechtigten oder des Verpflichteten unvererbliche Anspruch von der Litiskontestation an vererblich wurde. Daher knüpft sich nach preußischem Recht die Vererblichkeit erst an das rechtskräftige Urtheil,[10] welches dem Anspruch eine neue selbständige Grundlage giebt.[11]

---

7) Savigny Bd. 6 §§ 278. 279. Dagegen Wächter Erört. Bd. 2 S. 70 ff., Vangerow Bd. 1 § 160 am Schlusse.

8) A. G. O. I, 7 § 48 ff. L. R. I, 9 §§ 551 ff. 603 ff. Die Klaganmeldung, welche dem gemeinen Prozesse unbekannt war, sollte den Richter zur Ansetzung eines Termines zur Aufnahme der Klage verpflichten A. G. O. I, 4 § 6. Sie verlangte genaue Bezeichnung der Prozeßparteien und allgemeine Angabe des Grundes und Gegenstandes der Klage. Nach preußischem Recht wurde die Verjährung durch die Klaganmeldung unterbrochen, auch wenn der angemeldete Prozeß nicht verfolgt wurde. Da die Klaganmeldung nur den Zweck hatte, die einseitige Handlung der Klage vorzubereiten, so war ursprünglich Mittheilung derselben an den Verpflichteten nicht gefordert, jedoch wurden die Gerichte später mit Rücksicht auf die Unterbrechung der Verjährung verpflichtet, dem Beanspruchten Kenntniß von derselben zu geben. Reskript vom 20. Juli 1843.

9) R. C. P. O. § 239. Die Erhebung der Klage geschieht bei den Landgerichten durch Zustellung der Klagschrift R. C. P. O. § 230, für Incidentfeststellungsklagen — oben § 125 bei Anm. 13 — und Widerklagen durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung R. C. P. O. §§ 253. 254, im amtsgerichtlichen Prozeß durch Zustellung der Klagschrift oder des die Klage enthaltenden Protokolles, oder wenn die Parteien ohne Ladung vor Gericht erscheinen, durch mündlichen Klagvortrag, R. C. P. O. §§ 460. 461. Im Mahnverfahren erfolgt sie mit Zustellung des Zahlungsbefehls R. C. P. O. § 633. Vor besonderen Gerichten — oben § 124 Anm. 2 — kann die Klagerhebung in anderer Weise stattfinden. In Auseinandersetzungssachen geschieht sie dadurch, daß sie in der Instruktionsverhandlung geltend gemacht wird, oder wenn besondere Klage angestellt wird, durch Einreichung an den Kommissar oder durch Erklärung zum kommissarischen Protokoll, Gesetz vom 18. Februar 1880 §§ 37. 38. Die Fassung im Texte deckt alle Fälle, auch den des schiedsrichterlichen Verfahrens. Eine Ausnahme für Zustellungen mittels Ersuchens anderer Behörden oder mittels öffentlicher Bekanntmachung trifft R. C. P. O. § 190.

10) Es ist dies als der maßgebende Grundsatz anzusehen, doch wird er bei Einzelvorschriften nicht immer festgehalten. Vorschriften über die Vererblichkeit der Strafen geben unsere Rechtsquellen hauptsächlich hinsichtlich der öffentlichen Geldstrafen. Das Landrecht erachtete solche Geldstrafen dann als von den Erben beitreibbar, wenn sie entweder bereits erkannt oder wenn die Untersuchung gegen den Erblasser

§ 131. Die Folgen des Prozeßbeginns im Einzelnen.

Die Steigerung der Verpflichtung des Beklagten mit dem Prozeßbeginn prägt sich in folgenden Sätzen aus:

1. Der Beklagte kommt in Verzug. Er haftet folgerecht fortan dem Kläger für mäßiges Versehen, dem „eigentlichen" unredlichen Besitzer fällt geringstes Versehen und Zufall zur Last.[1] Selbst diesem Besitzer aber steht der Nachweis offen, daß der Zufall die Sache auch getroffen hätte, wenn dieselbe im Besitz des Berechtigten gewesen wäre.[2]

2. Der Beklagte hat ferner dem Kläger die Erweiterungen, welche der Klagegegenstand während der Dauer des Rechtsstreites erhielt, herauszugeben. Dahin gehört der Zuwachs der Sache, und insbesondere der Fruchtertrag der Zwischenzeit.[3] Im Falle eines Verkaufes der Früchte durch den Beklagten steht dem Kläger die Wahl zu zwischen dem erlösten Kaufpreise und dem mittleren Marktpreise zur Zeit des Verkaufes. Im Falle des Verbrauches ist der Preis zur Zeit des Verbrauches zu ersetzen.[4] Daß der

---

so weit geschlossen worden, daß der rechtlichen Festsetzung nichts im Wege stand. L.R. I, 9 § 363, vgl. A.G.O. I, 7 § 51. Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 § 20 und hiernach das deutsche im § 30 bestimmt, daß in den Nachlaß eines Verstorbenen eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden könne, wenn das Urtheil bereits bei Lebzeiten rechtskräftig geworden sei. Dies offenbar deswegen, weil man annahm, daß durch das Urtheil dem Fiskus ein Anspruch privatrechtlicher Natur erwachse, also eine Umwandlung des Rechtsverhältnisses eingetreten sei, siehe auch R. St. P. O. § 497 Abs. 2, eine Auffassung, die allerdings de lege ferenda Bedenken unterliegt, Kronecker in Goldammers Archiv 1880 S. 1 ff. Hinsichtlich der Privatstrafklagen findet sich keine ähnliche allgemeine Bestimmung. Für die Ehescheidungsstrafen trifft das L.R. II, 1 § 830 die besondere Vorschrift, daß sie die Erben des unschuldigen Theiles alsdann fordern können, wenn sie dem Erblasser vor seinem Tode bereits zuerkannt waren und das Urtheil nachher, sei es vor oder nach dem Tode, rechtskräftig wird; ähnlich L.R. I, 18 § 625; dagegen war in dieser Hinsicht folgerecht L.R. II, 1 § 1088, aufgehoben durch Gesetz vom 24. April 1854 § 22, vgl. noch § 19 daselbst. Die Vererblichkeit anderer unvererblicher Ansprüche, z.B. des Rechtes auf Ausstattung gegenüber den Eltern L.R. II, 2 § 236, tritt nach dem Grundsatze des Textes gleichfalls nicht schon mit dem Rechtsstreite, sondern erst mit der Unanfechtbarkeit der richterlichen Entscheidung ein.

11) Nicht hierher gehören Fälle, in welchen durch eine Erklärung, zu welcher der Erblasser nur persönlich befugt war, ein vererbliches Recht entsteht z. B. durch Widerruf einer Schenkung wegen Undankes L. R. I, 11 §§ 1158. 1159 unten Bd. 2 § 164 zu 3; vgl. auch hinsichtlich der Scheidungsklage L. R. II, 1 §§ 827. 828 unten Bd. 3 § 19 zu e.

1) L. R. I, 7 §§ 240. 241.

2) Auch für die auf der Verkehrskonjunktur beruhende Werthminderung des eingeklagten Gegenstandes haftet nur der eigentlich unredliche Beklagte, da sie als zufällige anzusehen ist.

3) Selbstverständlich ist stets der Abzug der wirthschaftlich aufgewendeten Kosten der Fruchtbestellung zulässig. — Der klagende Eigenthümer hat niemals auf Früchte Anspruch, wenn das Nutzungsrecht derselben einem Dritten zusteht, da ihm in diesem Falle die Früchte auch nicht angefallen wären, wenn er im Besitz der Sache geblieben wäre. l. 33. l. 35 D. de R. V. 6, 1.

4) L. R. I, 7 § 225 ff.

Beklagte auch Früchte, die er arglistiger- oder schuldhafterweise zu ziehen versäumte, zu ersetzen hat, bestimmt das Landrecht nicht ausdrücklich, jedoch versteht sich dies nach den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung des Beklagten für Verschuldung von selbst.[5] Der eigentlich unredliche Besitzer muß dem Kläger auch für zufällig zu Grunde gegangene Früchte und sogar für Früchte, welche der Kläger[6] wirthschaftlich hätte gewinnen können, aufkommen, dies auch für die Zeit vor dem Prozeßbeginne.

3. Des weiteren hat der Beklagte von der Klagebehändigung an Prozeßzinsen nach dem landesüblichen Maße zu vergüten. Der eigentlich unredliche Beklagte hingegen soll die höchsten gesetzlich erlaubten Zinsen herausgeben, ein Rechtssatz, welcher durch die spätere Aufhebung der Zinsbeschränkungen gegenstandslos geworden ist, so daß jetzt dem Kläger in solchem Falle nur freisteht, darzuthun, daß er bei rechtzeitiger Zahlung einen höheren Gewinn, als der landesübliche Zinsfuß darstellt, hätte machen können.[7] —

Die Ansprüche, welche der Kläger dem Beklagten gegenüber durch die Prozeßobligation erwarb, waren im römischen Rechte dadurch bedingt, daß der anhängig gemachte Prozeß wirklich zum Siege geführt wurde. Die landrechtliche Steigerung der Verpflichtung des Beklagten ist hingegen von der Zustellung der Klage an anzunehmen, auch wenn dieselbe angebrachtermaßen abgewiesen, später aber wieder aufgenommen und siegreich durchgeführt wird.[8] [9] Denn von jener Zustellung an wird der Beklagte als unredlicher Besitzer behandelt.

---

5) Vgl. § 2 in fine J. de officio judicis 4, 17.

6) L. R. I, 7 §§ 229. 230. Der Anspruch des Klägers ist hier also nicht auf den Fruchtbetrag beschränkt, welchen der Beklagte hätte ziehen können. Savigny Bd. 6 S. 114 behauptet: „es sei die Voraussetzung verwerflich, als ob die Fruchtgewinnung von der besonderen persönlichen Geschicklichkeit abhänge, die bald bei dem einen, bald bei dem anderen Theile gefunden werde." Hieran ist soviel richtig, daß Kläger der Regel nach am leichtesten seinen Schaden dadurch beweist, daß er feststellen läßt, was das Grundstück bei ordentlicher Bewirthschaftung hätte eintragen müssen. Allein in den Fällen, in welchen er außerdem darthun kann, daß er nach seinen besonderen Verhältnissen mehr hätte gewinnen können, ist ihm eben auch dieser Nachweis nicht verschlossen.

7) L. R. I, 7 § 232. So schon nach gemeinem, wenn auch nicht nach reinem römischen Rechte.

8) Oben § 130. Vgl. L. R. I, 9 § 607.

9) Nach R. C. P. O. § 243 Abs. 3 hat die Zurücknahme der Klage zur Folge, „daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist." Dieser Satz hat nicht bloß eine prozessualische, sondern auch eine materiell rechtliche Bedeutung, vgl. Struckmann und Koch zum § 243. Seine Tragweite in letzterer Hinsicht ist jedoch für das preußische Recht fraglich. Wir nehmen an, daß Verjährung und Ersitzung gemäß L. R. I, 9 § 607 nach wie vor durch eine Klage, welche später zurückgenommen ist, unterbrochen bleibt. Denn die Unterbrechung beruht hier nicht in der Anhängigmachung der Klage, sondern in der Thatsache der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches. Vgl. unten § 168 Anm. 20.

§ 132. Veräußerung des Streitgegenstandes.[1]

1. Die Veräußerung einer mit der Eigenthumsklage beanspruchten Sache durch deren Besitzer, desgleichen die Veräußerung rechtshängiger Klagen war in Rom verboten, nichtig und strafbar. Durch diese Verbotsgesetze trat man dem Treiben habgieriger Spekulanten entgegen, welche im Trüben fischten, und dabei nicht selten das Recht zu beugen wußten.[2]

2. Dem preußischen[3] und dem französischen Recht waren solche Verbote fremd. Auch seine gemeinrechtliche Geltung war bestritten und in der Praxis in Frage gestellt. Nur das hielt man fest, daß die Veräußerung eines rechtshängigen Anspruchs dem Prozeßgegner unnachtheilig sein solle.[4]

R. C. P. O. § 236 Absatz 1 erklärt besonders, daß die Rechtshängigkeit der Parteien das Recht nicht entziehe „die im Streit befangene Sache zu veräußern" oder „den geltend gemachten Anspruch zu cediren."

Nur soll hierdurch die prozessualische Lage des Prozeßgegners nicht leiden. Daher fährt Absatz 2 des § 236 fort: „Die Veräußerung oder Cession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen."[5]

Gleichwohl ist nach Absatz 3 „die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar."

Diese Bestimmungen sind nicht zweifelfrei und nicht erschöpfend.

a) Nach den Zwecken derselben ist wie die freiwillige Veräußerung durch den Eigenthümer, so auch jede Entfremdung ohne dessen Willen betroffen, ferner nicht bloß Veräußerung der Sache selbst, sondern auch ding-

---

1) R.C.P.O. § 236—238, vgl. L.R. I, 11 § 383, A.G.O. I, 7 § 48 Buchst. c. Arndt bei Gruchot Bd. 22 S. 322. Vgl. für das gemeine Recht die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 155 citirten Schriftsteller, siehe auch Paul Mayer bei Gruchot Bd. 33 S. 297.

2) Wie die Zulassung des Aufkaufens streitiger Ansprüche wirken kann, ergiebt ein Artikel des Figaro vom 25. Juli 1892, dem wir Folgendes entnehmen: L'acheteur de créances! Encore une création toute moderne, que nous devons aux mœurs financières actuelles! Ils sont dans Paris une douzaine d'individus qui font métier de rôder autour des affaires en détresse, dans les antichambres des liquidateurs et des syndics et d'acheter à vil prix et au tas, des créances que les titulaires désespèrent de recouvrer. Dans le tas, il y en a de mauvaises dont on ne tirera jamais rien, mais il y en a de bonnes ou susceptibles de le devenir et qui, le jour où elles sont recouvrées, dédommagent le créancier de celles qui ne le sont pas. Il faut croire que l'industrie est lucrative puisque le nombre de ceux qui l'exercent grossit chaque jour. On m'en a cité un, jadis huissier en province, qui a déjà gagné à ce métier plusieurs millions. Presque toutes les épaves des Sociétés tombées en ruines à la suite de l'Union générale sont aujour-d'hui dans ces mains-là.

3) Der Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Prozeß könnte bewirken, daß Eide de ignorantia statt de veritate zu schwören wären, ferner Einreden z. B. in Folge einer Indossirung abschneiden.

4) A.G.O. I, 7 § 48 c ist durch die R. C. P. O. nicht berührt.

5) Auf das materielle Recht bezieht sich dies nicht, vgl. Bd. 2 § 83 Anm. 17.

liche Belastung derselben, insbesondere durch Verpfändung, Servitutbestellung, Vermiethung und Verpachtung.

b) Im Streit befangen ist die Sache, wenn ein Recht an ihr im Wege der Klage geltend gemacht wird, sei dies Eigenthum oder ein dingliches Recht anderer Art. Dagegen machen persönliche Klagen — z. B. auf Grund eines Kaufvertrags, oder Anfechtungsklagen der Gläubiger — die Sache, um deren Herausgabe es sich dabei handelt, nicht zu einer streitigen, da sie hier nur mittelbar den Streitgegenstand bildet.

c) Hat der beklagte Besitzer der Sache dieselbe veräußert, so ist er, wie wenn die Veräußerung nicht geschehen wäre, zu verurtheilen. Daher ist insbesondere der mit der Eigenthumsklage Belangte zur Herausgabe der Sache, auch wenn er sie in Folge der Veräußerung nicht mehr besitzt, zu verurtheilen; nicht minder zum Ersatz aller Verschlechterungen, welche die Sache, namentlich auch durch Verschuldung des Erwerbers, erlitt.

d) Tritt der Rechtsnachfolger unter Zustimmung des Gegners als Hauptpartei in den Prozeß ein, so übernimmt er damit alle Verbindlichkeiten, zu deren Erfüllung der Veräußerer hätte verurtheilt werden müssen.

Ohne diese Zustimmung steht dem Rechtsnachfolger nur frei, sich als Nebenintervenient[6] am Prozesse zur Wahrung seiner Interessen zu betheiligen.

e) Das Urtheil wird, abgesehen von dem Fall, in welchem der Erwerber als Hauptpartei eintrat, für und gegen den Rechtsvorfahr, nicht für und gegen den Erwerber gesprochen.

Dennoch kommt dem Erwerber das zu Gunsten des Veräußerers gefällte Urtheil zu Gute. Er kann daher eine vollstreckbare Ausfertigung desselben für sich beanspruchen.[7]

Andrerseits wirkt die zu Ungunsten des Rechtsvorgängers gefällte Entscheidung gegen den Erwerber. Sie wird also gegen ihn rechtskräftig, soweit sie den ihm abgetretenen Anspruch seines Rechtsvorfahrs abweist. Geht sie auf Verurtheilung des Veräußerers, lautet sie insbesondere auf Herausgabe der streitigen Sache, so wird sie in der Regel gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. Dies kann aber in Widerspruch treten mit den Begünstigungen, welche das moderne Recht dem redlichen Erwerber zugesteht. In solchem Widerstreit überwiegt die Rücksicht auf die Sicherung

---

6) R. C. P. O. § 63.

7) Die Ertheilung geschieht durch den Vorsitzenden des Gerichtes, wenn die Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird; gegenfalls ist beim Prozeßgericht erster Instanz aus dem Urtheil auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben R. C. P. O. §§ 665, 667.

des Verkehrs. Der gutgläubige Erwerber hat daher die rechtshängige Sache nur gegen Erstattung des ausgelegten Kaufpreises herauszugeben und sein Recht ist unantastbar in allen Fällen, in welchen der gute Glaube das mangelnde Recht des Rechtsvorgängers ersetzt, so namentlich, wenn auf Grund des Glaubens des Grundbuchs Rechte an einem Grundstück erworben wurden.[8]

3. Werden durch den Prozeß Rechte für ein Grundstück oder an einem Grundstück geltend gemacht, so ist der Erwerber des Grundstücks berechtigt und auf Antrag des Prozeßgegners verpflichtet, in den Prozeß in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei einzutreten.[9]

a) Zu den Rechten für ein Grundstück gehören namentlich die subjektiv dinglichen, ferner die Grenzscheidungsklagen. Auch Klagen aus Miethund Pachtverträgen, an welchen der jeweilige Eigenthümer — nicht der ursprüngliche Vermiether — ein Interesse hat, z. B. auf Herstellung der Sache, Ausführung übernommener Bauten, Exmission des Miethers sind hierher zu rechnen.[10]

b) Zu den Rechten an einem Grundstück gehören Hypothekenklagen, negatorische Klagen, auch Klagen des Miethers und Pächters, soweit es sich um Einräumung des Mieth- oder Pachtbesitzes handelt.

4. Die gesetzlichen Folgen der Rechtshängigkeit schließen Gefährdung des Gegners durch Veräußerungen nicht vollständig aus. Dieser wird sich daher gegen dieselben durch Erwirkung einstweiliger Verfügungen, insbesondere von Vormerkungen im Grundbuch, unter Umständen durch Erwirkung einer Zwangsverwaltung zu schützen haben.

2. Das Urtheil.

§ 133. Die Grundlagen des Erkenntnisses.

Wie ausgeführt wurde, brachte es die Anlage des römischen Prozesses mit sich, daß die Frage der Verurtheilung oder Freisprechung des Beklagten danach beantwortet wurde, ob das vom Kläger angesprochene Recht zur Zeit der Litiskontestation vorhanden war, ohne daß man dies aber allgemein festhalten konnte.[1]

Im neueren Rechte dagegen bemißt sich die Verurtheilung oder Freisprechung schlechthin danach, ob und inwieweit nach dem im Prozesse bis

8) R. C. P. O. § 238, Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 304 Präj. 2619, Bd. 35 S. 40. Vgl. Mayer bei Gruchot Bd. 33 S. 334.

9) R. C. P. O. § 237.

10) Dagegen Eccius Bd. 1 § 51 Anm. 17 S. 263, aber was er ausführt, betrifft die Sache nicht.

1) Vgl. oben § 130 Abs. 3.

zum Schluß der mündlichen Verhandlung beigebrachten und vom Richter zu beurtheilenden Material ein Recht des Klägers gegenüber dem Verklagten im Augenblicke der Urtheilsfällung besteht, da der Richter nicht über die Richtigkeit der Klagbehauptung, sondern über das verhandelte Recht zu Gericht sitzt.[2] Der Richter hat daher den Beklagten freizusprechen, wenn das Recht des Klägers zwar zur Zeit der Klagerhebung bestand, aber zur Zeit der Ausfällung des Urtheils erloschen ist. Andererseits hat er zu verurtheilen, wenn zwar zur Zeit der Klagerhebung ein klagbarer Anspruch aus dem Klagegrund nicht entsprang, wohl aber zur Zeit der Ausfällung des Urtheils. Dies gilt namentlich bei Klagen, die vor Eintritt der Fälligkeit oder der Bedingung erhoben waren, ferner dann, wenn Thatsachen erst während des Prozesses eingetreten sind, welche die Aktivlegitimation des Klägers oder die Passivlegitimation des Beklagten begründen, insbesondere der Besitz der mit der Eigenthumsklage in Anspruch genommenen Sache.[3] Vorausgesetzt ist jedoch, daß durch die Berücksichtigung nachträglich eingetretener Umstände keine Verkürzung der Vertheidigung eintritt.[4]

§ 134. Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.[1]

1. Rechtskräftig ist das Urtheil, welches über ein dem richterlichen Spruch unterbreitetes privatrechtliches Verhältniß endgültig entscheidet.[2] [3]

Nicht rechtskräftig sind diejenigen im Civilprozeß ergehenden Verfügungen, welche sich nicht unmittelbar auf das eingeklagte Verhältniß, sondern auf den Gang des Prozesses beziehen. Auch richterliche Bescheide in nichtstreitigen Sachen, insbesondere auf einseitiges Verlangen

---

2) Ueber die Aenderung des Klagegrundes und des Klageantrags siehe oben § 126.

3) R.G. Bd. 1 S. 425, Bd. 8 S. 415. Die gewöhnliche Formulirung, es sei zu unterscheiden zwischen rechtlichen und den thatsächlichen Bedingungen der Verurtheilung, zu denen man den Besitz des Beklagten zählt, ist haltlos. Vgl. gegen diese namentlich von Savigny Bd. 6 S. 73 ff. vertretene Auffassung: Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 158. Siehe außerdem namentlich Bähr Urtheile des Reichsgerichts Bd. 1 S. 153, welcher unterscheidet den Klaggrund im engeren Sinn und die Thatsachen, welche die Verletzung ausweisen, durch die sich die Klaganstellung rechtfertigt.

4) Bezüglich der Kosten ist natürlich R. C. P. O. § 89 maßgebend.

1) Vgl. Eccius Bd. 1 § 55[a].

2) Eccius a. a. O. versteht unter Rechtskraft das Wesen des Urtheils als eines unabänderlichen Ausspruches. Die Unabänderlichkeit ist jedoch nur eine, wenn auch eine der wichtigsten Seiten des rechtskräftigen Urtheils.

3) R.C.P.O. § 281 ff. Auch die im Verwaltungsstreitverfahren — oben § 124 zu 2 — ergangenen Endurtheile sind der Rechtskraft fähig; vgl. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 § 100.

einer Partei abgegebene, entbehren der Rechtskraft in dem hier genommenen Sinn. Sie sind daher nicht unabänderlich, so daß z. B. Verfügungen in Grundbuch- und Vormundschaftssachen zufolge später gewonnener besserer Einsicht von dem Verfügenden auch ohne Antrag wieder aufgehoben werden können, solange nicht Dritte auf Grund derselben Rechte erworben haben, was etwa in Folge einer im Grundbuch erfolgten Eintragung, oder der Genehmigung eines Geschäftes durch den Vormundschaftsrichter eintreten kann.

2. Der Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft ist von besonderer Wichtigkeit in Fällen, in welchen das Urtheil konstitutiv wirkt, z. B. beim Ehescheidungsurtheil, da unter Anderem dessen Datum für die Frage der Legitimität eines nachgeborenen Kindes der geschiedenen Ehefrau maßgebend sein kann. Dennoch ist der Beginn des Eintrittes der Rechtskraft in mehreren Beziehungen zweifelhaft.

Vorausgesetzt für die Rechtskraft des Urtheils ist dessen Verkündung. Es fragt sich, ob sie genügt? Die Verkündung erfolgt durch Verlesung der Urtheilsformel; diese wird hierdurch unabänderlich. Aber die gleichzeitige Feststellung und Mittheilung der Entscheidungsgründe, welche Sinn und Tragweite der Urtheilsformel bestimmen, ist nichts Nothwendiges; sie kann später geschehen; je nach ihrer Abfassung kann das Urtheil noch verschiedenen Inhalt gewinnen. Schon deshalb wird die Verkündung die volle Rechtskraft nicht herstellen, obgleich nicht zu bestreiten ist, daß das verkündete Urtheil bereits erhebliche Wirkungen hat. Man wird vielmehr wie nach früherem Recht die endgültige Einwirkung des Urtheils auf das materielle Recht der Parteien erst von der Zustellung an zu datiren haben, mit welcher sich die Kundgebung des Urtheils völlig vollendet.[4]

4) Nach dem früheren preußischem Recht war bestritten, ob die Rechtskraft eintrete mit dem Augenblick der Publikation des Urtheils, was namentlich Koch zu L. R. II, 1 § 731 und Förster Bd. 1 § 55 behaupteten, weil das Urtheil von jetzt an unabänderlich sei, oder ob die Insinuation entscheide, wie das Obertribunal Präjudiz 2354 Entsch. Bd. 22 S. 367 annahm. Der Streit setzt sich unter der Herrschaft der R. C. P. O. fort. Eccius Bd. 1 § 55 Anm. 5 erachtet die Verkündung als den maßgebenden Akt, was nach seinen Voraussetzungen wohl folgerecht ist, da er die Rechtskraft mit der Unabänderlichkeit des Urtheils identificirt, oben Anm. 2. Daß jedoch diese Unabänderlichkeit, soweit die Entscheidungsgründe noch nicht abgefaßt sind, noch auf schwankender Basis steht, darüber kann die zutreffende Ausführung von Eccius Bd. 1 S. 285 verglichen werden. Richtig ist, daß nach § 655 der R. C. P. O. die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils schon mit der Verkündung eines aufhebenden Urtheils aufhört. Hieraus ergiebt sich aber nur, daß es bereits vor der Zustellung Wirkung hat, und in noch umfassenderer Weise bestimmt dies R. C. P. O. § 283 Abs. 2. Zweifelhaft ist nur, ob es bereits seine volle Wirkung hat, insbesondere soweit es in das materielle Recht eingreift. Dies ist eine Frage, welche die R. C. P. O. nicht entschieden hat und die wir nach den Grundsätzen des bisherigen Rechtes beurtheilen werden. Unmittelbar läßt sich freilich daraus, daß für den Beginn der Zwangsvollstreckung die Zustellung nöthig ist, R. C. P. O. § 671, für den von uns vertretenen Satz nichts beweisen.

3. Die Rechtskraft des Urtheils ist noch aufgeschoben, so lange den Betheiligten an eine Nothfrist gebundene prozessualische Mittel offen stehen, welche geeignet sind, die Fortsetzung des Prozesses herbeizuführen. Nach R. C. P. O. insbesondere tritt die Rechskraft vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels — Berufung oder Revision — oder des zulässigen Einspruches bestimmten Frist nicht ein.[5] Dagegen wird die Rechtskraft nicht durch die Möglichkeit gehemmt, daß gegen den Ablauf der Nothfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht wird. Sie ist auch nicht in Fällen aufgeschoben, in welchen Wiederaufnahme des Verfahrens durch Nichtigkeitsklage oder Restitutionsklage noch möglich ist.

4. Wenn ein Urtheil gefällt ist, gegen welches ein Rechtsmittel offen steht, sind folgende Möglichkeiten gegeben.

a) Das Rechtsmittel wird eingelegt und führt zu einem bestätigenden Urtheil. Ist dann die Rechtskraft von der Zeit des Erkenntnisses in der früheren oder in der späteren Instanz zu datiren? Nicht wenige Schriftsteller nehmen Rückziehung auf den Zeitpunkt des Erlasses des bestätigten Erkenntnisses an, weil das bestätigende Urtheil den Zweck habe, den vorinstanzlichen Entscheid bei Kräften zu erhalten. Die entgegengesetzte Ansicht ist aber die richtige. Denn in der oberen Instanz eröffnet sich eine neue Verhandlung, ihr Urtheil erst schließt den Rechtsstreit ab. Diese Ansicht stimmt mit dem römischen Rechte überein,[6] die Quellen des Rechtes Preußens und des Reichs stehen hiermit nicht in Widerspruch.[7] [8] Auch würde die

5) R. C. P. O. § 645 vgl. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 19. Man muß der Bestimmung des § 645, die, vgl. § 644 daselbst, zunächst für die Zwangsvollstreckung getroffen ist, allgemeine Anwendung geben, namentlich auch für die Begründung neuer Rechtsverhältnisse — unten § 135 zu 1 — durch das Urtheil. Eccius a. a. O. § 55[a] unter 4 bemerkt, daß die Rechtskraft unter Umständen auch durch sofortige Beschwerde aufgeschoben sein kann.

6) Vgl. über diese Fragen l. 6 § 1 D. de his, qui not. infamia 3, 2. Sed si furti vel aliis famosis actionibus quis condemnatus provocavit, pendente judicio nondum inter famosos habetur: si autem omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est: quamvis si injusta appellatio ejus visa sit, hodie notari puto, non retro notatur. l. 1 § 14 D. ad S. C. Turpillianum 48, 16: provocationis remedio condemnationis exstinguitur pronuntiatio. l. 2 C. de usuris rei judicatae 7, 54.

7) L. R. II, 1 §§ 770. 771 bestimmen zwar abweichend: „Hat der schuldige Theil die Rechtskraft des Urtheils durch ungegründete Rechtsmittel aufgehalten, so kann er daraus keinen Vortheil ziehen. Es wird also der Zeitpunkt der Scheidung, soweit es ihm nachtheilig ist, auf den Tag des in den folgenden Instanzen bestätigten ersten Scheidungsurtheils zurückgerechnet." Doch hierin liegt eine Ausnahme, welche gerade den entgegengesetzten Grundsatz als allgemein gültig unterstellt.

8) Gleicher Ansicht Eccius a. a. O. § 50[a] Anm. 7. Nach preußischem Recht traf entgegengesetzte Bestimmung für den Rekurs im Bagatellprozeß das Gesetz vom 20. März 1854 § 12, desgleichen für die Nichtigkeitsbeschwerde die Prozeßnovelle vom 21. Juli 1849 § 61 für die gemeinrechtlichen Landestheile.

entgegengesetzte Auffassung in manchen Fällen zu verkehrten Ergebnissen führen; so wenn die Ehelichkeit des von einer geschiedenen Frau geborenen Kindes nach dem später bestätigten erstinstanzlichen Scheidungsurtheil bemessen werden sollte, während die Eheleute bis zum bestätigenden Urtheil zusammenleben mußten.

b) Das an sich zulässige Rechtsmittel wird nicht eingelegt. Dann ließe sich eher annehmen, daß die Rechtskraft bereits von der Zustellung des Erkenntnisses ab datire, da dasselbe maßgebend bleibt, und die bloße, nicht benutzte Möglichkeit, sich demselben entgegenzustellen, keine Beachtung zu verdienen scheint.[9] Nach R. C. P. O. jedoch ist auch hier der Ablauf der Nothfrist maßgebend. In der That wird erst mit diesem das Urtheil endgültig.[10]

c) Verzicht auf Rechtsmittel endlich macht mit seiner Abgabe das Urtheil rechtskräftig, falls hierdurch die Anfechtbarkeit des Urtheils beiderseitig aufgehoben ist.[11] —

Hieraus ergiebt sich, daß das Datum der Rechtskraft nie mit dem der Zustellung des Urtheils zusammenfällt, wenn ein Rechtsmittel gegen dasselbe offen stand.

§ 135. Die Eigenschaften des Urtheils.

1. Anerkennung oder Aberkennung der dem Richter zum Spruch unterbreiteten Ansprüche bildet den Inhalt des Urtheils. Demgemäß wohnt dem Urtheil jene Doppelnatur inne, welche überhaupt dem Anerkenntniß zukommt.[1] Es bildet eine neue juristische Thatsache, indem es bestrittene oder doch ungewisse Verhältnisse zweifelfrei stellt und gilt dennoch regelmäßig nur als Erklärung dessen, was bereits bestand, nicht als Begründungsthatsache.[2]

Das Urtheil findet in vielen Fällen sein Genüge darin, daß es einen Rechtszustand staatlich anerkennt, ohne dazu bestimmt zu sein, unmittelbar thatsäch-

---

9) Dies war die römische Auffassung, siehe oben Anm. 6. Sie theilte auch das O. Trib. Präj. 2354, Entsch. Bd. 79 S. 237, dagegen u. A. Oehlschläger bei Gruchot Bd. 6 S. 373 ff.

10) Arg. R. C. P. O. § 645, vgl. Eccius a. a. O. § 50a Anm. 7.

11) Vgl. Eccius a.a.O. §55a Anm. 6; siehe auch Striethorst Archiv Bd. 48 S. 233.

1) Siehe oben § 81 z. A., l. 8 § 4 D. si serv. vind. 8, 5 ... per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari.

2) Vgl. R. G. Bd. 22 S. 258, R. G. in Strafsachen Bd. 13 S. 141 und unten Bd. 2 § 222 Anm. 23. Das römische Recht, in welchem der Begriff der Anerkennung nicht zur vollen Ausbildung gelangte, sah in der Begründung der Judikationsobligation eine Novation. Vgl. oben § 130 Anm. 3. Allein daß man mit dieser Auffassung nicht auskomme, hat im Wesentlichen Paulus anerkannt l. 29 D. de novat. 46, 2, aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis ... si post divortium dos in stipulationem deducatur ... quod nemo dixit lite contestata, neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. Ueber konstitutive Urtheile siehe unten zu 4 und oben § 134 zu 2.

liche Veränderungen herbeizuführen. Dies ist beim freisprechenden Urtheil, ferner beim freisprechenden wie beim verurtheilenden Erkenntniß über die Feststellungsklage der Fall.

2. Das verurtheilende Erkenntniß hat in der Regel den Zweck, eine Leistung, sei es Handeln, sei es Unterlassen des Verurtheilten herbeizuführen; es giebt dem eingeklagten Anspruch die Form der Urtheilsobligation. Dieselbe ist einerseits die alte Obligation, welche durch den Richter Anerkennung erlangt hat, sie bleibt ausgestattet mit den Vorzügen der ursprünglichen Berechtigung, es knüpfen sich an sie z. B. die Zinsverpflichtungen an, welche der eingeklagten Berechtigung zu eigen waren; das Pfandrecht ferner, welches jene Forderung deckte, kommt auch der Urtheilsobligation zu Gute, sofern der Verurtheilte selbst der Pfandschuldner ist. Andrerseits gewinnt die Urtheilsobligation aber Eigenschaften, welche die zu Grunde liegende Forderung entbehrte. Sie ist unanfechtbar, auch wenn die eingeklagte Forderung nicht zu Recht bestand. Sie ist ferner in einer Reihe von Fällen verzinslich, wo diese unverzinslich war;[3] sie ist auch der Unvererblichkeit und der kurzen Verjährung des ursprünglichen Anspruches nicht unterworfen. Insbesondere gewährt die Urtheilsobligation dem Gläubiger das Recht der Zwangsvollstreckung[4] und zwar regelmäßig unmittelbar durch den in seinem Auftrag handelnden, wenn auch der gerichtlichen Aufsicht unterworfenen Gerichtsvollzieher. Hierzu bedarf es jedoch, wie bei andern vollstreckbaren Titeln, der Bezeugung der Vollstreckbarkeit mittels der einer Ausfertigung des Urtheils am Schlusse beizufügenden, vom Gerichtsschreiber zu unterschreibenden „Vollstreckungsklausel". Diese „vollstreckbare Ausfertigung" zu gewähren, ist, wenn das Urtheil das Recht der Vollstreckung sachlich und in Bezug auf die betheiligten Personen unmittelbar und vollständig klar stellt, Sache des Gerichtsschreibers.[5] Ist dies nicht der Fall, ist namentlich die Vollstreckung noch bedingt durch Eintritt einer durch den Gläubiger zu beweisenden anderen Thatsache als einer ihm obliegenden Sicher-

---

3) So laufen von Zinsenrückständen nach der Rechtskraft des Urtheils Zögerungszinsen L. R. I, 11 § 821 — anders l. 3 C. de usuris 7, 54 — ferner sind solche bei Schenkungen von der rechtskräftigen Verurtheilung an nach L. R. I, 11 §§ 1079—1081 zu entrichten u. s. f. Diese Zinsen können von vornherein im Urtheil zugesprochen oder auch nachträglich — Bd. 2 § 34 bei Anm. 9 — eingeklagt werden.

4) Nach der R. C. P. O. § 648 ff. werden häufig Urtheile, welche noch nicht rechtskräftig sind, für „vorläufig vollstreckbar" erklärt. Es liegt hierin eine tiefgreifende vorläufige Verfügung zum Schutz eines noch illiquiden, aber wahrscheinlichen Rechtes.

5) R. C. P. O. § 662 ff. Die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile fordert ein besonderes Vollstreckungsurtheil durch den inländischen Richter; dasselbe ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist. R. C. P. O. §§ 660. 661 Ziff. 5, R. G. Bd. 8 S. 385. Ueber die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruches siehe unten § 144.

heitsleistung, so kann die Zufügung der Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden des Gerichtes und zwar nur dann geschehen, wenn die bezüglichen Thatsachen durch öffentliche Urkunden festgestellt sind.[6] Andernfalls ist Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel zu erheben.[7] [8]

3. Das Urtheil stellt den Rechtszustand dar, wie er zur Zeit der Fällung des Spruches, genau genommen des Schlusses der mündlichen Verhandlung war. Auf früher begründete Einreden,[9] also auch auf die Einrede der Kompensation[10] kann daher nicht mehr zurückgegangen werden. Ueber den Verlauf nach dem Spruch kann das Urtheil keine Kunde geben; dennoch gilt es zunächst als maßgebend. Einwendungen gegen das Urtheil, welche sich auf Veränderungen des Rechtszustandes nach der Spruchfällung stützen, auch nicht durch Einspruch mehr hätten geltend gemacht werden können, sind daher zulässig, aber im Wege der Klage beim Prozeßgericht erster Instanz zur Anerkennung zu bringen.[11] Es untersteht dem richterlichen Ermessen, ob und inwieweit die Zwangsvollstreckung während Obschwebens einer solchen Klage einzustellen ist.[12]

4. Es giebt Urtheile, welche nicht bloß, wie dies die bisher dargestellte Regel ist, die Anerkennung bestehenden Rechtes, sondern die Begründung neuer Rechtsverhältnisse bewirken. Hierher gehören Ehescheidungsurtheile, Urtheile, welche eine Entmündigung aussprechen oder aufheben.[13]

---

6) R. C. P. O. § 664, vgl. weiter § 665. Ueber das Rechtsmittel gegen die Anordnung des Vorsitzenden R. G. Bd. 20 S. 375.

7) R. C. P. O. § 667. Die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel muß vor getheilter Erbschaft gegen sämmtliche Erben des Schuldners gerichtet werden, R. G. Bd. 28 S. 399.

8) Nach preußischem Prozeßrecht war das Vollstreckungsgesuch aus einem Urtheil auf eine Handlung nur innerhalb eines Jahres zulässig, so jedoch, daß diese Verjährung durch Fristbewilligung und Exekutionsantrag unterbrochen wurde und im Falle vergeblicher oder voraussichtlich erfolgloser Zwangsvollstreckung der Art ruhte, daß sich das Recht unmittelbarer Vollstreckung auf im Ganzen fünf Jahre erstreckte. Nachher bedurfte es einer Judikatsklage, die zunächst als Mandatsklage, nach fünf Jahren von der Rechtskraft aber nur im ordentlichen Prozesse anstellbar war. A. G. O. I, 24 § 3, Anhang § 148 a. a. O. verbunden mit Anhang § 195 zu A. G. O. I, 28 § 14, unten § 139 bei Anm. 4. Die ältere Gesetzgebung suchte der Gefahr zu begegnen, daß der Gläubiger, nachdem er befriedigt war, den vollstreckbaren Titel benutzte, um bereits Geleistetes noch einmal beizutreiben.

9) Vgl. R. C. P. O. § 686.

10) Anders nach römischem Rechte l. 2 C. de compensationibus 4, 31.

11) R. C. P. O. § 686. Dahin gehört auch die Einrede der 30jährigen Verjährung. Einwendungen gegen die Weise der Zwangsvollstreckung sind dagegen beim Vollstreckungsgericht anzubringen, d. h. dem Amtsgericht, bei welchem die Vollstreckung stattfand oder stattfinden soll. R. C. P. O. § 685.

12) R. C. P. O. § 688.

13) Vgl. oben §§ 75 und 76. Ein weiterer Fall ist Aufhebung eines Gewerkschaftsbeschlusses durch den Richter, weil er nicht zum Besten der Gewerkschaft gereicht, Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 115 ff.

Die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung hat die Folge, daß sie als abgegeben gilt entweder mit der Rechtskraft des Urtheils, oder wenn die Willenserklärung noch von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, mit Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils.[14]

§ 136. Die Rechtskraft nach römischem Rechte.[1]

Das rechtskräftige Erkenntniß hat nicht nur die unmittelbare Wirkung, daß es den anhängigen Prozeß durch Verurtheilung oder Freisprechung des Beklagten schließt; es ist außerdem bestimmend für spätere sich auf das neue erhebende Streitigkeiten.

Diesen Einfluß vermittelte den Römern insbesondere die exceptio rei judicatae, deren Darstellung zu besserem Verständniß unseres Rechtes hier nicht zu umgehen ist, wenn Letzteres auch auf anderen Grundsätzen beruht. Das Ziel der römischen exceptio rei judicatae war, der Wiederholung des Prozesses über eine einmal abgeurtheilte Rechtssache entgegenzutreten.[2] Dieselbe galt somit als durch den früheren Prozeß konsumirt.

Die Frage aber, ob eine spätere Klagesache mit einer früheren identisch sei, suchte man in folgender Art zu lösen:

a) Bei dinglichen Klagen nahm man Identität an, wenn dieselbe körperliche Sache eingeklagt wurde, wie früher. Es galt dabei der Theil im Ganzen begriffen, so daß er nicht mehr einklagbar war, wenn einmal über die ganze Sache abgeurtheilt war.

b) Bei persönlichen Klagen forderte man außer der Gleichheit des Gegenstandes Identität des Schuldgrundes. —

Ob solche Identität vorliege, entnahm man ursprünglich aus der Gleichheit der intentio der Klagformel. Die Formel war ja im Formularprozeß das einzig wesentliche Schriftstück, schon um deswillen also die zur späteren Bestimmung der Identitätsfrage unentbehrliche Urkunde.

Doch mit einem so einfachen Satze konnte das römische Recht auf die Dauer nicht auskommen; vielmehr tauchten im Laufe der Entwickelung vielfach Fälle auf, in denen die Frage der Identität der Rechtssachen sich doch erst in Folge einer eingehenden Prüfung des Inhaltes der früheren Verhandlung be-

---

14) R. C. P. O. § 779. Kipp Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen 1892.

1) Dernburg Pand. Bd. 1 § 162 und dort Citirte.

2) Man spricht hier von der exceptio rei judicatae in ihrer „negativen Funktion". Von der Ansicht ausgehend, daß die exceptio rei judicatae im späteren römischen Rechte noch die zweite Aufgabe gehabt habe, den Inhalt eines früheren Erkenntnisses zur Geltung zu bringen, schreibt man ihr gemeiniglich noch eine zweite, die „positive Funktion" zu.

stimmen ließ. Diese Feststellung war aber in der Kaiserzeit dadurch ermöglicht worden, daß es immer mehr Regel wurde, den Gang der Verhandlung vor dem Richter in kurzen Protokollen aufzuzeichnen. Insbesondere konnte man nicht umhin, auf den Inhalt der früheren Verhandlung dann einzugehen, wenn angeblich, wie dies im entwickelten Rechte leicht vorkommen konnte, dasselbe, was früher mit der einen Klage, z. B. einer actio mandati, gefordert worden war, später mit einer anderen Klage, z. B. einer condictio, eingeklagt wurde. Ferner ergab es sich als nothwendig, die exceptio rei judicatae auch dann zuzugestehen, wenn über den Seitens des jetzigen Klägers geltend gemachten Anspruch in einem früheren Prozesse bereits bei Gelegenheit seiner Vertheidigung als Beklagter abgeurtheilt war, was sich wiederum häufig nur durch eine Prüfung der früheren Verhandlung feststellen ließ. Da man andererseits annahm, daß dann, wenn das jetzt eingeklagte Recht erst nach dem früheren Urtheile entstanden sei, Identität der Rechtssachen nicht vorliege, so entschied man sich für das Nichtzutreffen der exceptio rei judicatae auch in dem Falle, wenn der im früheren Prozesse wegen Mangels des Besitzes freigesprochene dinglich Beklagte später den Besitz erworben habe. Die Ermittelung der Frage aber, ob die frühere Freisprechung des Beklagten auf mangelnden Besitz gegründet war, forderte wiederum ein genaues Eingehen auf den Inhalt des Vorprozesses.

Seitdem man dergestalt auf den Inhalt des früheren Prozesses zurückging, um die Identität der Rechtssachen festzustellen, kam es auch wohl vor, daß man mit Rücksicht auf diesen Inhalt Härten und Schroffheiten, die aus dem Konsumtionsprincipe folgten, durch restitutio in integrum oder replicatio rei judicatae milderte. Alles dieses stellt sich jedoch im römischen Rechte nur dar theils als Verfeinerung, theils als auf Billigkeit beruhende Erweiterung des alten Konsumtionsprincipes. Dagegen hat das römische Recht niemals den Grundsatz schlechthin als bestimmend aufgestellt, daß der Inhalt des früheren Entscheides in späteren Prozessen maßgebend sein solle. Noch weniger ist es richtig, daß, wie man behauptet hat, dieser neue Satz den älteren im römischen Rechte verdrängt habe.

§ 137. Die Rechtskraft nach heutigem Recht.[1]

Im heutigen Rechte ist der Grundgedanke der Rechtskraft, daß das rechtskräftige Erkenntniß unter den Parteien als Recht gilt, so daß sich bei später zwischen ihnen erwachsenden Streitigkeiten jede Partei auf

1) R.C.P.O. § 293, vgl. Freudenstein die Rechtskraft nach der R.C.P.O. 1881, Klöppel die Einrede der Rechtskraft nach der R.C.P.O. 1882, ferner die bei Struckmann und Koch, sowie bei Seuffert Kommentar zur R.C.P.O. § 293 angeführten Aufsätze. Aeltere preußische Litteratur führt an Eccius Bd. 1 § 55.

dasselbe als eine unabänderliche Grundlage berufen kann. Konsumirende Kraft hat das Urtheil nicht mehr.[2]

Was nun aber vom Erkenntniß rechtskräftig wird, wie weit die Rechtskraft reicht, ist Gegenstand des Streites im gemeinen und preußischen Rechte gewesen und auch nach der Reichscivilprozeßordnung streitig geblieben.[3]

1. Das Urtheil enthält nicht bloß Verurtheilung oder Freisprechung des Beklagten; es muß vielmehr auch mit einer Darstellung des Thatbestandes und mit Gründen versehen sein, welche das thatsächliche und rechtliche Vorbringen der Parteien einer Prüfung unterziehen.[5] Hieraus ergeben sich zwei äußerlich gesonderte Theile des Urtheils.[6] Dasselbe besteht einestheils aus der Urtheilsformel oder dem Tenor, dasjenige Ergebniß der Entscheidung enthaltend, welches unmittelbar praktisch werden soll, anderntheils aus der Darstellung des Thatbestandes und den Entscheidungsgründen. Die Urtheilsformel muß in öffentlicher Gerichtssitzung verkündet werden; die gleichzeitige Verkündung der Entscheidungsgründe unterliegt dem Ermessen des Gerichtes; sie müssen aber in die schriftliche Urkunde des Urtheils aufgenommen werden.

---

2) Der Gegensatz des römischen und des heutigen Principes der Rechtskraft ist in Folgendem ersichtlich: Nach römischem Rechte konnte der frühere Kläger, auch wenn er ein ihm günstiges Erkenntniß erstritten hatte, nicht mehr zum zweitenmale wegen derselben Sache klagen; ihm blieb also einzig die Geltendmachung der Judikatsobligation offen; nach heutigem Rechte ist es dem Sieger hingegen unbenommen, auch aus dem ursprünglichen Rechte aufs neue zu klagen, da ihm nicht das Dasein, sondern nur der ungünstige Ausfall des früheren Urtheils entgegentritt. So auch Savigny Bd. 6 S. 305 ff., dagegen Wächter Erört. Bd. 3 S. 49, Unger Bd. 2 § 133 Anm. 20. Es kann dies von Gewicht werden, wenn z. B. im Auslande ein Urtheil gefällt und zufälligerweise die Urtheilurkunde verloren gegangen und eine neue Ausfertigung nicht oder nicht leicht beschaffbar ist. Entschließt sich hier der Kläger, vom Urtheile absehend, zu klagen, so kann ihm der Beklagte keineswegs durch die Behauptung entgegentreten, daß bereits über die Sache rechtskräftig geurtheilt sei. Will derselbe die Abweisung des Klägers bewirken, so muß er vielmehr behaupten und darthun, daß jenes frühere Urtheil ungünstig für den jetzigen Kläger gelautet habe. Daß eine derartige Klage häufig vorkäme, ist nicht meine Meinung; auch stimme ich dem bei, daß unter Umständen dem wiederholt klagenden Kläger eine exceptio doli generalis entgegenstehen könnte, welche verbietet, ein Recht, mit dem man das Erreichbare erreicht hat, zur Chikane Anderer zu mißbrauchen. Vgl. übrigens Eccius bei Förster Bd. 1 § 56 Anm. 2.

3) Der Umfang der Rechtskraft von Urtheilen, die vor Inkrafttreten der R.C.P.O. gefällt wurden, bemißt sich nach älterem Recht. So R.G. bei Fenner Archiv Bd. 3 Heft 2.

4) Unter Kondemnation verstand der römische Sprachgebrauch die Verurtheilung des Beklagten zu einer Leistung, im klassischen Prozesse zu einer Geldleistung. Heutzutage pflegt man jedes Erkenntniß ein verurtheilendes zu nennen, welches dem Klagbegehren des Klägers ganz oder theilweise entspricht.

5) R. C. P. O. § 284 unter 3 und 4. Ist die Entscheidung nicht mit Gründen versehen, so ist dies stets als Verletzung des Gesetzes anzusehen und Revisionsgrund, R. C. P. O. § 513 unter 7. Ueber Begründung bloßer Beschlüsse siehe R. G. Bd. 18 S. 427.

6) Dies schreibt vor R. C. P. O. § 284 Ziff. 5. Es war aber auch vordem allgemeiner Gebrauch im gemeinen Rechte und Vorschrift des preußischen Rechtes.

Trotz äußerlicher Sonderung bilden beide Theile des Urtheils in höherem Sinne eine Einheit. Die mit Rücksicht auf unmittelbar praktische Zwecke getroffene Trennung hebt den inneren Zusammenhang nicht auf. Was das Gericht entschieden hat, läßt sich in vielen Fällen nur aus dem Zusammenhalten der Urtheilsformel mit den Entscheidungsgründen erkennen. Dies gilt vor Allem, wenn auch nicht ausschließlich, von dem Erkenntniß, welches den Beklagten ganz oder theilweise von der Klage freispricht. Ob nämlich die Freisprechung geschah wegen Mangels der prozessualischen Voraussetzungen der Klage, z. B. der Prozeßfähigkeit, oder wegen verfrühter Klaganstellung, oder wegen Nichtschlüssigkeit der vorgebrachten Thatsachen, ob sie erfolgte wegen Nichtbestehens des Rechtes oder wegen Mangels der Passivlegitimation oder wegen Aufrechnung mit einer Gegenforderung, dies und Anderes, was später erheblich werden kann, ergeben nur die Urtheilsgründe. Nicht zutreffend ist es also, das Verhältniß so aufzufassen, als werde die Urtheilsformel allein rechtskräftig und seien die Entscheidungsgründe nur ein Mittel ihrer Auslegung.[7] Denn die Urtheilsformel hat gar nicht den Zweck, sich über Fragen, wie sie vorstehend aufgezählt wurden, wenn sie auch bei neuen Streitigkeiten von Bedeutung werden können, auszusprechen; dies ist eben grundsätzlich den Entscheidungsgründen überwiesen. Es folgt vielmehr aus der Einrichtung des Urtheils, daß aus den Urtheilsgründen nicht weniger wie aus der Urtheilsformel zu entnehmen ist, was unter den Parteien als Recht zu gelten hat.[8]

2. Die Reichscivilprozeßordnung verordnet jedoch Folgendes: „Urtheile sind der Rechtskraft nur in soweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.[9] Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechts-

7) Die A. G. O. I, 13 § 38 bestimmte, „daß bloße Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtheils haben" sollen. Die herrschende Meinung — das Obertribunal namentlich Präj. n. 2080, Entsch. Bd. 17 S. 462, Bd. 76 S. 263 und das R. O. H. G. Bd. 10 S. 141, Bd. 12 S. 217, Bd. 16 S. 9 ff. — vereinigte die Vorschrift mit dem, was sich als unumgänglich erwies, dahin, daß zwar die Rechtskraft nur der im Tenor enthaltenen Entscheidung zuzuerkennen sei, daß aber ein Zurückgehen auf die Gründe des Urtheils nicht verboten sei, um die wahre Bedeutung der getroffenen Entscheidung zu bestimmen.

8) In der Reichstagskommission wurde der Abs. 3 des Entwurfs aus dem jetzigen § 293 der R. C. P. O. gestrichen, welcher lautete: Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist. Aus der Streichung darf nicht gefolgert werden, daß das Gesetz, welches über die Frage nach dieser Richtung hin nunmehr nichts enthält, das Gegentheil des Entwurfes feststelle. So auch Klöppel a. a. O. S. 31 ff. und dort Citirte; dagegen u. A. Struckmann und Koch, sowie Seuffert R. C. P. O. § 293.

9) R. C. P. O. § 293 Abs. 1. Bezüglich eines Kontokorrentsaldo vgl. R. G. Bd. 27 S. 93.

kraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll." [10]

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, kann jedoch der Kläger durch Erweiterung des Klagantrages, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Theil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt wird. [11]

Was unter dem „Anspruche" des § 293 zu verstehen ist, auf den sich die Rechtskraft beziehen und beschränken soll, das ist die Frage. Der Ausdruck läßt sich in sehr verschiedener Weise deuten. In Folge dessen geben sich hier die verschiedensten Meinungen Rendezvous. Alle Streitfragen, mit denen sich die Wissenschaft seit langer Zeit trägt, treten hiermit wieder ein, trotzdem der Gesetzgeber, wie es scheint, die Zauberformel gefunden zu haben vermeinte, um sie zu bannen.

Viele Schriftsteller nehmen an, den „Anspruch" bilde die im Klagantrage in Anspruch genommene Berechtigung einer gewissen Art, z. B. Eigenthumsrecht, Grundgerechtigkeit oder die aus einem Mandat entspringende Verpflichtung. [12] Wir dagegen betrachten als den in Rechtskraft übergehenden Anspruch nur die aus dem thatsächlichen Grunde der Klage sich ergebende konkrete Rechtsbeziehung.

Die Ansicht der Gegner sucht ihre Stütze in der angeblichen Veränderung der Klagweise durch die Civilprozeßordnung. Nach preußischem Rechte, wird ausgeführt, habe man die Klagen auf einen bestimmten thatsächlichen Entstehungsgrund bauen müssen, dessen Angabe auch bei der dinglichen Klage

---

10) R. C. P. O. § 293 Abs. 2. Dieser Absatz hat im Auge, daß die zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung richterlich anerkannt wird, und soll, soweit ihr Betrag den der Klagforderung überschreitet, die Rechtskraft ausschließen. Es ist aber bestritten, ob dann, wenn gegenüber der eingeklagten Forderung, z. B. von 1000 eine größere Gegenforderung, z. B. von 2000 zur Kompensation gestellt wird, und der Richter das Bestehen der Gegenforderung verwarf, derselben im Falle klagweiser Geltendmachung die Einrede der Rechtskraft nur auf 1000 oder auf die gesammte Summe entgegensteht. Für das Letztere läßt sich anführen, daß jeder Theil der Gegenforderung eventuell zur Kompensation vorgeschützt ist und die Verwerfung eine vollständige war. Indessen würde der Spruch, wodurch der Richter die Gegenforderung im Betrage von 2000 anerkennen würde, keine Rechtskraft für den die eingeklagte Forderung überschießenden Theil der Gegenforderung machen; es ist hieraus zu entnehmen, daß doch im Falle der Vorschützung einer Kompensation nur der Betrag in lite ist, welcher der Klagsumme entspricht. Man wird die Rechtskraft nicht negativ anerkennen dürfen, wo sie nicht positiv beachtet werden kann. Vgl. Zitelmann in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 8 S. 257.

11) R.C.P.O. § 253, vgl. oben § 125 bei Anm. 13. Es hängt also von dem in bestimmter Form ausgesprochenen Willen der Parteien ab, ob über einen Präjudicialpunkt rechtskräftig entschieden werden soll.

12) Unger Bd. 2 § 132.

wesentlich gewesen sei. Nach diesem Rechte habe man daher im Falle des Mißlingens des Nachweises dieses Grundes mit einer neuen Klage aus anderem thatsächlichen Grunde dasselbe Recht auf denselben Gegenstand verfolgen dürfen. Dies sei nunmehr anders geworden. Klaggrund sei jetzt die individualisirende Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, aus welchem der Anspruch erwachsen sei. Die Wiederholung der Klage aus dem Recht der gleichen Art aus anderem Grunde sei daher ausgeschlossen. Wer also früher eine Sache als ihm zu Eigenthum vermacht forderte und nachdem er abgewiesen war, sie als ihm unter Lebenden geschenkt einklagt, unterliegt nach dieser Ansicht der Einrede, daß bereits über die Streitfrage rechtskräftig entschieden sei.[13]

Die Grundlage dieser Ausführungen ist, wie oben gezeigt wurde, haltlos. Die Klage ist in ihrem Wesen trotz Aenderung ihrer Form durch die R.C.P.O. nicht umgestaltet.[14] Auch wäre, da wir nicht mehr wie die Römer bestimmte Klagtypen kennen, die Frage, ob es sich im späteren Streite um dieselbe Berechtigung handle, wie im früheren Prozesse, vielfach kaum lösbar, wenn man vom thatsächlichen Grunde der Klage absieht. Nach richtiger Ansicht hat der Richter immer noch darüber zu erkennen, ob dem Kläger auf Grund der von ihm vorgebrachten Thatsachen ein Recht zusteht. Was er hierüber erkannt hat, gilt als Recht unter den Parteien. Hiernach bestimmt sich der Umfang der Rechtskraft. Dies hat vor allem Bedeutung für die dingliche Klage. Dasselbe gilt aber — es ist das praktisch noch wichtiger — auch für persönliche Klagen. Man denke, Kläger hat gegen einen angeblichen Mandatar früher auf Schadensersatz geklagt, weil dieser die ihm übergebene Waare nicht, wie ihm aufgetragen worden sei, an einen Dritten zu einer bestimmten Zeit abgeliefert habe. Nach Abweisung der Klage erhebt der Mandant Klage auf Rückgabe der Waare an ihn oder Klage auf Schadloshaltung wegen unberechtigter Veräußerung derselben durch den Mandatar. Hier wird die Einrede Platz greifen, wenn im ersten Prozesse entschieden ist, daß kein Mandat bestand oder daß der Beklagte keine Waare erhielt, nicht aber, wenn das frühere Urtheil nur die Thatsache verneinte, daß der Mandatar auftragswidrig die rechtzeitige Absendung der Waare an den Dritten unterließ.[15] Denn diesenfalls wurde nicht darüber, ob aus dem Mandat im Allgemeinen etwas geschuldet werde, entschieden, und es liegt kein Grund vor, als entschieden zu erachten, was nicht geprüft und abgeurtheilt ist.

---

13) Eccius Bd. 1 § 55 S. 284.
14) Vgl. oben § 126 zu 1.
15) So namentlich Savigny Bd. 6 S. 350 ff., S. 429 ff. — R. G. Bd. 6 S. 415.

3. Es scheint folgerecht, daß es für die Rechtskraft genügt, wenn in einem früheren Prozesse über einen Streitpunkt zwischen den Parteien verhandelt und in dem früheren Erkenntnisse entschieden wurde, auch wenn er den Gegenstand eines besonderen Antrages nicht bildete und wenn die Entscheidung nur in den Gründen des früheren Erkenntnisses Platz fand. Wenn also in einem früheren Prozesse, welcher über die Zinsen einer Darlehensschuld geführt wurde, abweisend aus dem Grunde erkannt war, daß das behauptete Darlehen nicht gegeben sei, so müßte die Einrede der Rechtskraft gegenüber der späteren Klage auf Einzahlung der Kapitalschuld gewährt werden. In Wissenschaft und Praxis des gemeinen Rechtes fand dies entschiedene Vertreter. Aber es fehlte auch nicht an Gegnern. Man wendete ein, daß man damit über die Absicht der Parteien hinausgehe, da dieselben seinerzeit den Gegenstand ihres Streites im Antrage ausgedrückt und begrenzt, und nur über den so bestimmten Streitpunkt eine richterliche Entscheidung erwartet hatten; das Urtheil dürfe nicht weiter wirken, als jener Absicht entspreche und nicht Folgen erzeugen, deren sich die Parteien im Laufe des Prozesses nicht bewußt geworden seien. Daher forderten nicht wenige gemeinrechtliche Praktiker und Gelehrte,[16] verlangte nicht minder die preußische Praxis,[17] daß es sich im neuen Prozesse um solche Ansprüche handle, welche unmittelbar den Gegenstand des früheren Streites gebildet hatten.[18]

Die Reichscivilprozeßordnung hat sich für die letztere Auffassung entschieden. Hierfür spricht nicht bloß, daß ihr die Motive der Entwürfe huldigen; mehr noch fällt in das Gewicht, daß die Beschränkung der Rechtskraft der Einreden im Gesetze, insbesondere aber die Incidentfeststellungsklage sich füglich nicht anders erklären lassen als von dieser Auffassung aus.[19]

---

16) Unger Bd. 2 S. 621 ff. Wetzell Civilprozeß § 47. Motive des Entwurfes der R. C. P. O. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 462.

17) Hatte daher der Kläger in einem Prozeß über Zinsen einen Erfüllungseid hinsichtlich der Hingabe des Darlehens und der Echtheit des Schuldscheines geleistet, so mußte in dem späteren Prozesse über das Kapital, wenn der Beweis der Darlehensschuld hier nicht besser erbracht wurde als früher, ein Eid gleichen Inhaltes zum zweitenmale aufgelegt werden! Jetzt wird die freie Beweiswürdigung des Richters wohl derartige Schroffheiten abschleifen.

18) Anderer Ansicht Klöppel a. a. O. S. 39 ff.

19) Auf den Wechsel der Parteirollen kommt es nicht an. Hat A. gegen B. auf Grund seines Eigenthums geklagt und ist B. zur Räumung verurtheilt worden, so kann B. nicht hinterher gegen A. die Eigenthumsklage anstellen, vielmehr tritt ihm die exceptio rei judicatae entgegen. — Ist eine negative Feststellungsklage auf Anerkennung der Nichtverpflichtung zu einer Leistung abgewiesen, weil der Richter findet, daß diese Leistung geschuldet wurde, so kann der früher Beklagte, gestützt auf die Rechtskraft jenes Spruches die fragliche Leistung einklagen; denn gerade um diesen Anspruch handelte es sich auch im früheren Prozesse. Das R.G. Bd. 6 S. 386 verlangt aber, damit die Rechtskraft in diesem Sinne eintrete, eine Widerklage behufs Feststellung der Leistungspflicht.

4. Das rechtskräftige Urtheil erzeugt im neueren Recht[20] nicht bloß eine Einrede zur Abwehr wiederholt vorgebrachter Ansprüche. Vielmehr kann man sich, da der Inhalt des Urtheils für die Parteien Recht ist, auf frühere Urtheile auch zur Begründung neuer Klagansprüche stützen, welche auf der früher richterlich verhandelten Berechtigung fußen. Dies gilt zweifellos dann, wenn ausdrücklich eine Feststellungsklage erhoben war. Es ist aber auf diesen Fall nicht zu beschränken. Wurde z. B. eine Forderung in Folge einer persönlichen Klage rechtskräftig anerkannt, so kann der Kläger sein Klagevorbringen auf dies Urtheil gründen, wenn er nunmehr gegen denselben Beklagten die dingliche Pfandklage erhebt ohne noch einmal die Richtigkeit der Forderung beweisen zu müssen, wenn sie auch Voraussetzung des Pfandanspruchs ist. Wurde ferner in einem früheren Prozesse die Darlehensforderung des Klägers anerkannt, so kann in einer späteren Klage auf die Darlehenszinsen dieses Erkenntniß insoweit, als die Frage der Kapitalschuld aufs neue zur Sprache kommt, zu Grunde gelegt werden.

§ 138. Wirkung des Urtheils für und gegen Dritte.

Der Regel nach wirkt das Urtheil nur unter den Parteien, welche mit einander prozessirten, das Erkenntniß forderten und den Ausfall der Verhandlung mitbestimmten.[1] Jedoch giebt es Fälle, in welchen das Urtheil für und gegen Dritte Rechtskraft hat.

1. Insbesondere hat das Urtheil Wirksamkeit für und gegen die Rechtsnachfolger der prozessirenden Parteien, seien sie Universal- oder Sondernachfolger.[2] Und zwar gilt dies auch für diejenigen, welche das Streitobjekt von einer Prozeßpartei nach der Klagerhebung erwarben.[3] Dagegen schadet das Urtheil solchen Personen nicht, deren Rechte zwar von einer prozeßführenden Partei abgeleitet sind, aber bereits vor Anhängigmachung

---

20) Anders nach römischem Rechte, vgl. die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 163 Anm. 13 citirten.

1) A. G. O. Einl. § 66. I, 24 § 5. Ein für oder gegen den Vertreter ergangenes Erkenntniß wirkt für oder gegen den Vertretenen. Es gilt dies auch im Falle des Prokuraindossaments. Vgl. unten Bd. 2 § 86 Anm. 13.

2) Vgl. R. C. P. O. §§ 665. 666. Die vollstreckbare Ausfertigung darf vom Gerichtsschreiber in solchen Fällen nur auf Anordnung des Vorsitzenden des Gerichtes ertheilt werden, welche erfolgt, wenn die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird. Ist dies nicht der Fall, so ist aus dem Urtheile Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel zu erheben, vgl. oben § 135 Anm. 7. Ueber die Frage, inwieweit Urtheile für und gegen den Konkursverwalter Rechtskraft gegen den Gemeinschuldner haben, vgl. unten Bd. 2 § 115. Andere Grundsätze gelten im Falle der Aufhebung des Konkurses wegen Mangels der Voraussetzungen der Konkurseröffnung, vgl. unten Bd. 2 § 114, siehe auch Präjudiz des Obertribunals n. 1845.

3) Dies vorbehaltlich R. C. P. O. § 238, vgl. oben § 132 bei Anm. 6.

des zwischen ihrem Rechtsnachfolger und dem Dritten entstandenen Prozesses erworben wurden, da ihre Lage nicht durch spätere Rechtsakte verändert werden kann, an welchen sie nicht Theil hatten.[4]

2. In nicht wenigen Fällen schadet und nützt ein Urtheil Dritten um deswillen, weil die prozeßführende Partei nicht nur ihr eigenes Interesse vertritt, sondern als befugt gilt, auch das Interesse Dritter zu wahren und diese zu vertreten.

So nimmt man an, daß ein Urtheil, durch welches über die Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes gegenüber dem angeblichen Vater desselben erkannt wird, auch Rechtskraft habe in Bezug auf die übrigen Verwandten des Kindes.[5] Dagegen kann ein Urtheil, durch welches über die Ansprüche einer unehelichen Mutter gegenüber ihrem Schwängerer erkannt wird, dem Kinde gegenüber keine Rechtskraft erlangen, da die Mutter an sich nicht befugt ist, dasselbe hinsichtlich seiner Ansprüche gegen seinen außerehelichen Vater zu vertreten.[6]

Tritt ferner eine Gemeinde als Prozeßpartei wegen eines Rechtsverhältnisses auf, das Bezug hat auf die einzelnen Gemeindeglieder als solche, z. B. wegen eines den einzelnen Gemeindegenossen auf einer benachbarten Flur zustehenden Triftrechtes, so wirkt das Erkenntniß für und wider die Gemeindegenossen, für welche die Gemeinde den Prozeß führte.[7] [8]

3. Wer als Erbe rechtskräftig anerkannt ist, muß diese Eigenschaft, die er selbst behauptet und durchgesetzt hat, auch gegen sich, insbesondere den Gläubigern und Vermächtnißnehmern gegenüber

---

4) Ein Urtheil z. B., welches die Exmission des Hauptmiethers ausspricht, schadet dem Aftermiether dann nicht, wenn die Aftervermiethung, ehe der Prozeß mit dem Hauptmiether anhängig war, erfolgte. Vgl. l. 11 § 10. l. 29 § 1 D. de except. rei judicatae 44, 2. l. 3 D. de pign. 20, 1.

5) Entsch. des O. Trib. Bd. 46 S. 213, vgl. l. 1 § 16. l. 2 D. de agnosc. 25, 3 und unten Bd. 3 § 43 bei Anm. 4. Gleiche Kraft ist dem Urtheile beizulegen, welches das Bestehen einer Ehe im Prozesse der Ehegatten anerkennt oder verneint, Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 7. Wenn man meist den Grundsatz allgemein ausspricht, daß ein Urtheil über Statusverhältnisse auch Dritten gegenüber Rechtskraft gewinne, so erscheint dies zu allgemein. So auch Savigny Bd. 6 S. 472 ff.

6) Wird jedoch die Klage Seitens der Geschwängerten und des unehelichen Kindes, wie dies in der Regel geschieht, als Streitgenossen gemeinsam angestellt, und es erkennt der Richter auf Ableistung eines Eides durch die Mutter, so bemißt sich nach dessen Leistung oder Nichtleistung auch der Ausfall des Prozesses für das Kind. In diesem wichtigen Punkte findet also doch eine Art Vertretung des Kindes durch die Mutter statt.

7) Eccius Bd. 1 § 56 Anm. 45. Hiernach schränkt sich die Entscheidung bei Striethorst Archiv Bd. 15 S. 14 ein. — Vgl. auch unten § 302 bei Anm. 14.

8) Die einzelnen Konkursgläubiger, welche gegen im Konkurse angemeldete, in den Prüfungsterminen hinsichtlich der Richtigkeit oder des Vorrechts streitig gebliebener Forderungen Prozeß führen, thun dies zu Gunsten der sämmtlichen Konkursgläubiger, auch wenn diese am Prozesse nicht Theil nahmen, R.K.O. § 135; vgl. § 132 ff. daselbst.

gelten lassen. Dieselben können ihn also, wie die preußische Praxis auf Grund des römischen Rechtes erkannt hat, als Erben in Anspruch nehmen, wenn sie auch an jenem Rechtsstreite nicht Theil nahmen.[9]

Ist eine Erbschaft unter dem Vorbehalte des Inventars angetreten, so binden die Erkenntnisse in Prozessen, welche der Vorbehaltserbe über den Bestand der Masse gegenüber Erbschaftsschuldnern und Besitzern von Erbschaftsgegenständen führte, die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, da er denselben nur soweit haftet, als die Masse reicht, welche ihm zu Gute kommt.[10] Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer können sich aber zur Wahrung ihrer Interessen bei den die Masse betreffenden Prozessen betheiligen, auch Rechtsmittel gegenüber der Masse nachtheiligen Erkenntnissen, selbst ohne Beitritt des Erben, jedoch auf ihre Kosten verfolgen.[11]

4. Steht Mehreren ein Recht ungetheilt zu, so kann die Vollstreckung des Urtheils, welches ein Einzelner, der nur seine Individualrechte geltend machte, erwirkt hat, durch Mitberechtigte, die am Prozesse nicht betheiligt waren, keineswegs betrieben werden, wie gegenfalls auch das ungünstige Urtheil nicht im Stande wäre, ihnen zu schaden. Wohl aber ist dann, wenn jener Mitberechtigte das von ihm erwirkte siegreiche Urtheil seinerseits zur Vollstreckung bringt, der Regel nach die Verwirklichung seines Anspruches den Mitberechtigten von Vortheil. Hat z. B. der Mitbetheiligte einer bergmännischen Muthung geklagt und das Vorrecht derselben erstritten, so können zwar die übrigen Mitbetheiligten dies Urtheil nicht ihrerseits zur Vollstreckung bringen, dagegen kommt ihnen nothwendig dessen Durchführung zu Gute.

5. Das Gesetz läßt das rechtskräftige Erkenntniß in gewissen Fällen gegen Dritte auch dann wirken, wenn ihnen gerichtlich und rechtzeitig der Streit verkündet ist.

Mit dieser Wirkung kann jede Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites Anspruch auf Gewährleistung oder Schadensersatz gegen einen Dritten erheben will oder welche den Anspruch eines Dritten besorgt, diesem den Streit verkünden.[12] Streitverkündung mit gleicher Wirkung ist auch in anderen Fällen zulässig, in welchen das bürgerliche

---

9) l. 50 § 1 in fine D. de leg. I, unten Bd. 3 § 145 Anm. 6.

10) L. R. I, 12 §§ 298 und 299 bestimmt dies wenigstens für die Vermächtnißnehmer, vgl. unten Bd. 3 § 145.

11) Das so erstrittene Erkenntniß kommt, da der Kläger anstatt des Erben selbst handelt, der ganzen Gläubigerschaft zu Gute. Jedoch findet sich eine gegentheilige Entscheidung des Obertribunals bei Striethorst Archiv Bd. 9 S. 99. Vgl. unten Bd. 3 § 145 Anm. 19.

12) R.C.P.O. § 69. Und zwar bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits.

Recht dieselbe anerkennt.[13] Namentlich gewinnt das Urtheil zwischen Gläubiger und Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber Rechtskraft, falls der Gläubiger den Bürgen bei Belangung des Hauptschuldners mit vorladen ließ.[14]

6. Da zur verbindlichen Kraft eines Urtheils der Regel nach erforderlich ist, daß dasselbe zwischen den prozeßführenden Parteien gefällt sei, so folgt, daß ein wegen eines Vergehens von einem Strafrichter gefälltes Urtheil, sei es verurtheilend oder freisprechend gewesen, in dem anläßlich desselben Vergehens anhängigen Civilprozeß auf Schadensersatz keine Rechtskraft hat, wenn auch das im Strafprozesse gesammelte Material zur Gewinnung der erforderlichen richterlichen Ueberzeugung dienen kann.[15]

IV. Besondere Rechtsmittel.

§ 139. Urkundenprozeß.

1. Der Regel nach ist das Enderkenntniß erst zu fällen, nachdem beiden Theilen Gelegenheit gegeben wurde, die sämmtlichen zu ihren Gunsten sprechenden und zur Sache gehörenden Thatsachen anzuführen und zu beweisen. Dies geschieht vollständig im s. g. ordentlichen Verfahren. Im gemeinen Rechte bildeten sich jedoch neben diesem Verfahren für bestimmte Sachen die bestimmt summarischen Prozesse aus, deren Wesen im Ausschluß derjenigen Vertheidigungsmittel liegt, welche gegenüber der prima facie begründeten Klage nicht sofort liquid gemacht werden können, jedoch unter dem gesetzlichen Vorbehalte einer Nachklage behufs Geltendmachung der durch die Nothwendigkeit schleuniger Liquidität ausgeschlossenen Vertheidigungsmittel.[1] Die vorläufige Verkürzung

---

13) Eccius Bd. 1 § 56 S. 294 erachtet die bezüglichen Fälle als veraltet, weil die R. C. P. O. § 69 die Streitverkündung nur verstatte, wenn eine Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges einen Rückgriff gegen den Litisdenunciaten nehmen wolle. Doch die R. C. P. O. spricht sich nicht dahin aus, daß nur in diesen Fällen eine Streitverkündung zulässig sei. Sie beabsichtigte, eine Erweiterung eintreten zu lassen, nicht aber weiter gehende, zweckmäßige Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu beseitigen. And. Ansicht Wilmowski Kom. zu § 69.

14) L. R. I, 14 § 311. Die Rechtsgültigkeit der Verbürgung kommt in diesem Prozesse trotz der Vorladung des Bürgen nicht zur Sprache. Der Bürge kann daher nicht verurtheilt, es kann auch nicht das gegen den Hauptschuldner ergehende Urtheil unmittelbar gegen den Bürgen vollstreckt werden. Die Folge ist eben nur, daß im Falle der endgültigen Verurtheilung des Hauptschuldners das Bestehen der Hauptschuld auch dem Bürgen gegenüber rechtskräftig feststeht.

15) Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 14 Ziff. 1. Die früheren Ausnahmen, z. B. im Falle des Meineides A. G. O. I, 16 § 24, bei Polizeivergehen L. R. I, 6 § 26 sind in Folge des Reichsgesetzes weggefallen. Vgl. Brettner „über die wechselseitige Einwirkung der civilgerichtl. und strafrechtl. Urtheile" bei Gruchot Bd. 33 S. 803.

1) Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse 1859.

der Vertheidigung rechtfertigte sich durch die Erwägung, daß bei den diesem Verfahren unterstellten Sachen in der Mehrheit der Fälle das wirkliche Recht mit dem, was sofort liquid gemacht werden kann, übereinstimmt, daß also durch diese Weise des Prozesses auf kürzestem Wege regelmäßig das wahre Recht zur Verwirklichung kommt, während in den Fällen, in denen dies nicht zutrifft, der Verurtheilte also nichts schuldete, durch die Nachklage eine zulängliche Ausgleichung der Nachtheile herbeigeführt wird, welche ihm durch das auf einseitiges Vorbringen des Klägers ergangene Urtheil erwuchsen.

Die wichtigste Art des summarischen Prozesses bildete im gemeinen Rechte der Exekutivprozeß, welcher ursprünglich dadurch begründet wurde, daß sich der Schuldner durch die einer öffentlichen Urkunde eingefügte Exekutivklausel — clausula guarentigiae, pactum paratae executionis — der sofortigen Vollstreckbarkeit unterwarf, woran sich später der Exekutivprozeß aus öffentlichen Urkunden schlechthin anschloß, so daß man endlich in einigen Landesrechten selbst bloßen Privaturkunden das Vorrecht dieses Prozesses zugestand.[2]

2. Nicht soweit war der auf ähnlichen Grundgedanken beruhende preußische Mandatsprozeß gegangen.[3] Derselbe verlangte eine durch eine inländische öffentliche Urkunde bezeugte einseitige Schuld, oder eine aus dem Hypothekenbuche hervorgehende Verpflichtung aus einem zweiseitigen Geschäft und war außerdem zuständig wegen der Ansprüche aus einem die Vollstreckung nicht mehr zulassenden Erkenntniß, seit dessen Rechtskraft noch nicht fünf Jahre verflossen waren[4] sowie bei Forderungen der Geistlichen, Anwälte, Notare und gewisser anderer Beamter wegen ihrer Gebühren und Auslagen.[5] Der Mandatsprozeß hatte außer der Ausschließung illiquider Vertheidigungsmittel die prozessualische Eigenthümlichkeit, daß auf die Klage, welche durch die bezüglichen Urkunden zu begründen war, sofort ein Befehl (Mandat) an den Beklagten erlassen wurde, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung binnen 14 Tagen von Zustellung des Befehls an, entweder den Kläger klaglos zu stellen, oder seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen. Wie der Mandatsprozeß, schloß auch der Wechselprozeß illiquide Einwendungen aus, ebenfalls vorbehaltlich des Nachprozesses.[6]

---

2) Briegleb über exekutorische Urkunden und Exekutivprozeß. 2. Aufl. 1845.

3) Geregelt durch die Verordnung über den Mandats-, den summarischen und den Bagatellprozeß vom 1. Juni 1833.

4) Vgl. oben § 135 Anm. 8.

5) Das Gesetz vom 11. und das vom 12. Mai 1851 bestimmten beide im § 5, daß die Gebühren von Notaren beziehungsweise von Rechtsanwälten auch ohne gerichtliches Festsetzungsdekret im Mandatsprozesse eingeklagt werden könnten.

6) A. G. O. I, Tit. 27 §§ 29. 52, Einführungsgesetz zur W. O. vom 15. Februar 1850 § 7.

3. Die Reichscivilprozeßordnung wiederum hat dem aus dem gemeinen Prozesse entnommenen Urkundenprozeß, welcher auch den Mandatsprozeß ersetzt, die weiteste Ausdehnung gegeben. Vorausgesetzt ist, daß der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere geht, daß sämmtliche zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden — öffentliche oder private — bewiesen werden[7] und daß die Klage vom Kläger als Urkundenprozeß angestellt, also als solcher unter Beifügung der Urkunden in Urschrift oder Abschrift bezeichnet wird. Als Beweismittel sind bezüglich der Echtheit der Urkunden, wie der sonstigen Vertheidigungs- oder Angriffsthatsachen nur Urkunden und Eideszuschiebung zulässig. Die besondere Einleitungsform des preußischen Mandatsprozesses ist mit dem Urkundenprozeß nicht verbunden.[8]

Dem Beklagten, welcher im Urkundenprozeß dem geltend gemachten Anspruch widerspricht, ist, auch wenn er bestimmte Einreden nicht vorbrachte, im Fall der Verurtheilung die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten. Eine derartige Verurtheilung gilt zwar in Ansehung der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil, allein der Vorbehalt giebt beiden Theilen das Recht, das Verfahren fortzusetzen. Es tritt also nicht, wie nach älterem Rechte, eine Scheidung in zwei selbständige Prozesse ein, so daß der Verurtheilte seinerseits in einem Nachprozeß als Kläger auftritt und Beseitigung der Folgen des Urtheils des Vorprozesses fordert. Vielmehr zerfällt derselbe Rechtsstreit in zwei Stufen, diejenige des Urkundenprozesses und die des „ordentlichen Verfahrens“: der Verurtheilte behält in letzterem die Stelle des Beklagten, so daß er bis zum Endurtheil seine Vertheidigungs-

---

7) R. C. P. O. § 555. Das Gesetz fordert nicht, daß der Klagantrag im Urkundenprozeß auf sofortige Zahlung gehen müsse; die oben § 124 Anm. 10 hervorgehobenen Bestimmungen des älteren Rechtes lassen sich daher auf den Urkundenprozeß übertragen, wie dies dem praktischen Bedürfniß entspricht. Auch gegen den dritten Besitzer der verhypothecirten Sache ist der Urkundenprozeß zu verstatten, da immerhin der Anspruch Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, wenn der Beklagte solche auch nicht persönlich schuldet. Aus zweiseitigen Rechtsgeschäften ist Klage im Urkundenprozeß zulässig, sei es daß dem Beklagten Vorleistung obliegt oder daß Kläger durch Urkunden liquid stellt, daß er seinerseits bereits erfüllt hat oder daß er die Erfüllung in gehöriger Weise anbietet. Nicht weniger kann aus bedingten Ansprüchen im Urkundenprozeß geklagt werden, wenn die Erfüllung der Bedingung urkundlich festgestellt ist.

8) Es kann das Mahnverfahren der R. C. P. O. § 628 ff. vorher versucht und dadurch ein bedingter Zahlungsbefehl erlangt werden. Dasselbe setzt, wie der Urkundenprozeß, einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere voraus, nicht aber ist nothwendig, daß der Anspruch durch Urkunden begründet sei. — Vgl. noch oben § 127 Anm. 2.

mittel unbeschränkt vorbringen kann.[9] Ergiebt sich hierbei der klagend geltend gemachte Anspruch als unbegründet, so ist das frühere Urtheil auch ohne Antrag des Beklagten aufzuheben und Kläger kostenpflichtig abzuweisen.[10] Außerdem ist auf Antrag des Beklagten, welcher sich prozessualisch als Widerklage darstellt, Kläger zur Erstattung des auf Grund des Urtheils Gegebenen oder Geleisteten, wohl auch zum Schadensersatz zu verurtheilen.[11]

Der Wechselprozeß ist eine Art des Urkundenprozesses.[12]

§ 140. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[1]

Das Vertrauen, welches der erste rechtsprechende Magistrat in Rom, der Prätor, genoß, ermöglichte ihm, Härten, welche alterthümliche, rücksichtslose und starre Rechtsregeln in einzelnen Fällen mit sich gebracht hatten, durch eine Wiederaufhebung ihrer Wirkungen zu beseitigen. Ohne Zweifel war diese in integrum restitutio zuerst aufgekommen in Bezug auf prozessualische Versäumnisse und Fehler, da im Gebiete des Prozesses der rechtsprechenden Behörde naturgemäß ein weiterer Spielraum gegeben ist als im materiellen Rechtsgebiet;[2] aber nach und nach wurde sie auch gegen die Folgen von Rechtsgeschäften ertheilt, deren Aufrechterhaltung einem verfeinerten Rechtsgefühle als ungehörig erschien. Auch hinsichtlich der Restitution bildeten sich allmählich im römischen Rechte gewisse Regeln, die dem Prätor, welcher ursprünglich die Grenzen seiner Thätigkeit nur in der eigenen Ueberzeugung und der öffentlichen Meinung gefunden hatte, maßgebend wurden;

---

9) R. C. P. O. § 562 Abs. 1. Wenn Kläger im Urkundenprozeß abgewiesen wird, weil er die Klage oder Replik nicht mit den hier zulässigen Beweismitteln zu führen vermochte, so ist er gleichwohl endgültig abgewiesen, vorausgesetzt, daß es sich um einen an sich statthaften Urkundenprozeß handelte, R. C. P. O. § 560 Abs. 2. Dagegen kann er bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung den Rechtsstreit in das ordentliche Verfahren hinüberleiten R. C. P. O. § 559. — Der im Urkundenprozeß Verurtheilte, welchem die Ausführung seiner Rechte vorbehalten ist, kann alle Einreden im zweiten Stadium des Verfahrens geltend machen, welche im Urkundenprozeß wegen der Beschränkung der Beweismittel denkbarerweise nicht zu seinem Schutze führten, also nicht geltend gemachte, sowie vorgebrachte, aber als unbewiesen nicht zur Anerkennung gelangte. Im Urkundenprozeß als unerheblich zurückgewiesene Einreden sind im zweiten Stadium nicht mehr zulässig, da die Beschränkung des Beweises auf deren Zurückweisung ohne Einfluß war.

10) R. C. P. O. § 563 Abs. 2. Wurde die Forderung aus dem vollstreckbaren Erkenntniß cedirt und sodann vom Beklagten dem Cessionar gezahlt, so ist das Verfahren gegen den Cedenten fortzusetzen, weil eben keine condictio indebiti angestellt, vielmehr das Verfahren fortgesetzt wird. Nur vgl. oben § 132 Anm. 5.

11) Vgl. unten Bd. 2 § 295 Anm. 8. Ueber die Widerklage auf Schadensersatz vgl. Wach Vorträge S. 227, siehe aber Eccius bei Förster Bd. 1 Anhang zu §§ 55. 56 Anm. 7.

12) R. C. P. O. § 565 ff., unten Bd. 2 § 280 z. A.

1) Die gemeinrechtliche Litteratur siehe bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 139.

2) Auch quellenmäßige Begründung dieser Auffassung ist thunlich, würde jedoch hier zu weit führen.

immerhin blieb auch im jüngsten römischen Rechte dem subjektiven Ermessen des Prätors bei Ertheilung oder Versagung der Restitution ein weites Feld.

Im heutigen Rechte hingegen ist die Wiedereinsetzung, durch welche der Richter in Rom eine Stellung über dem Gesetze in Anspruch nahm, herabgesunken in die Reihe der gewöhnlichen Rechtsmittel. Ihre Ertheilung ist nicht mehr ein Vorrecht besonders hochstehender gerichtlicher Behörden, sondern kann durch jedes sonst zuständige Gericht erfolgen. Im preußischen Rechte sind zudem an die Stelle freiwaltenden Ermessens ins Einzelne bemessene kasuistische Regeln getreten. Auch findet sich keine Wiedereinsetzung mehr gegen Rechtsgeschäfte. Vielmehr hat sie sich auf ihr Ausgangsgebiet zurückgezogen, wird also gegen prozessualische Versäumnisse ertheilt, außerdem gegen Ablauf einer Verjährung und rechtskräftige Urtheile.

Erforderlich ist, wie nach römischem Rechte ein Schade des Restitutionssuchers, welcher bei uns übrigens, da es sich nicht wie in Rom um ein außerordentliches Rechtsmittel handelt, auch ein unbedeutender sein kann;[3] ferner ist nothwendig ein gesetzlicher **Grund** der Wiedereinsetzung, von dem im Folgenden näher zu handeln ist. Endlich muß das Gesuch rechtzeitig eingelegt sein, wobei theilweise die vierjährige Restitutionsfrist des römischen Rechtes beibehalten wurde.

§ 141. Einzelne Gründe der Wiedereinsetzung.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gründet sich theils in persönlichen Privilegien des Berechtigten, theils in sachlichen Umständen.

1. Insbesondere haben **Minderjährige** das Recht der Wiedereinsetzung **gegen Ablauf einer Verjährung während der Bevormundung.**[1] Die Zeit ist eine vierjährige von Endigung der Minderjährigkeit an. Ein ähnliches Vorrecht steht auch anderen Bevormundeten zu, mit Ausnahme der Verschwender.[2] Juristischen Personen ist solche Wiedereinsetzung nicht verblieben, dafür läuft aber, wenigstens gegen Fiskus und Kirchen, nur eine Verjährung von 44 Jahren.[3] Die römische Restitution der Minderjährigen und gleichgestellten Personen hat sich hiernach im Bereich des Landrechts auf ein sehr enges Gebiet zurückgezogen.[4]

---

3) Anders l. 4 D. de integr. rest. 4, 1. l. 49 D. de min. 4, 4.

1) L. R. I, 9 § 537, vgl. auch § 538. Auf Minderjährige unter väterlicher Gewalt wird das Privilegium nicht bezogen, vgl. unten § 166, ebensowenig auf die kürzeren Verjährungsfristen, vgl. unten § 170.

2) L. R. I, 9 §§ 540. 542.

3) L. R. I, 14 § 172—175. Anders l. 3 C. de jure reipublicae 11, 29, Tit. X de in integrum restitutione 1, 41, Glück Bd. 6 S. 24.

4) Die römische restitutio minorum hatte ihre Grundlage in der selbständigen Verpflichtungsfähigkeit der mündigen Minderjährigen, gegen welche dann seit Ende der

2. Wegen sachlicher Umstände findet sich Wiedereinsetzung namentlich

a) falls Hindernisse in der Verfolgung eines Rechtes während des Laufes der Verjährung eintraten und bei Ablauf derselben fortbestanden oder erst innerhalb der letzten 4 Jahre vor Ablauf der Verjährung wegfielen.[5]

b) Restitution findet in gewissen Fällen gegen rechtskräftige Urtheile statt.[6]

Dies vor Allem, wenn dessen Inhalt durch ein Verbrechen oder Vergehen veranlaßt ist, wenn er auf einem falschen Eid, falschen Urkunden, falschem Zeugniß oder Gutachten beruht, oder wenn ein strafbares Vergehen des Richters bei der Verhandlung unterlief. Die Zulassung einer Restitutionsklage in solchen Fällen wird durch das Gerechtigkeitsgefühl unbedingt gefordert.

Bedenklicher ist Restitution gegen das rechtskräftige Urtheil wegen später aufgefundener Beweise, welche dessen Unrichtigkeit darthun. Doch ließ sie das gemeine und das preußische Recht zu.[7] Die R.C.P.O. verstattet im Anschluß hieran Restitutionsklage dann, wenn der Kläger ein älteres rechtskräftiges Urtheil in derselben Sache oder wenn er eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihm günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.[8]

---

römischen Republik die Restitution ein Gegengewicht bildete. Nachdem man die mündigen Minderjährigen den Unmündigen gleichstellte und für verpflichtungsunfähig erachtete, verlor sie ihre Grundlage. Das Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875 § 9 hob sie in dieser Funktion übereinstimmend mit dem L. R. für die ganze Monarchie auf. Die Restitution war weiter von den Römern gegeben worden gegen Handlungen und Versäumnisse der Vormünder. Hiervon hatte sich bisher erhalten die Restitution gegen prozessualische Versäumnisse, A. G. O. I, 16 §§ 13. 14, L. R. I, 14 § 174; für wichtige prozessualische Fristen, insbesondere das Appellationsfatale war sie jedoch bereits früher außer Kraft gesetzt, Deklaration vom 6. April 1839 Art. 13; nunmehr ist sie durch R. C. P. O. § 210 Abs. 1 ganz beseitigt.

5) L. R. I, 9 §§ 530—534. Kommt das Recht auf Restitution gegen die Ersitzung einer Gerechtigkeit dem Sondernachfolger des Verhinderten ohne Cession zu? Dies verneint Entsch. des O. Trib. Bd. 62 S. 57.

6) Vgl. R. C. P. O. § 543 Ziff. 1—6.

7) Burchardi die Wiedereinsetzung S. 186 ff. A. G. O. I, 16 § 17 ff. — Anders das römische Recht. l. 4 C. de re judicata 7, 52. Vgl. freilich auch l. 35 D. de re judicata 42, 1.

8) R. C. P. O. § 543 Ziff. 7. Nicht erforderlich ist, daß die neu aufgefundene Urkunde zu Gunsten des Restitutionsklägers ausgestellt war, auch nicht, daß sie allein ohne Rücksicht auf das Ergebniß des früheren Verfahrens geeignet ist, eine andere Entscheidung herbeizuführen R. G. Bd. 7 S. 319. Schwalbach Wiederaufnahme der Verfahrens und Urtheilsnichtigkeit, Archiv f. civ. Pr. Bd. 63 S. 122. Nach A. G. O. I, 16 § 26 fand sich ausnahmsweise auch Restitution wegen neu aufgefundener Zeugen, die R. C. P. O. gewährt sie nicht.

Die bezüglichen Klagen verjähren binnen 5 Jahren von der Rechtskraft des Urtheils an, sie sind an die Nothfrist eines Monats von Kenntniß des Anfechtungsgrundes an gebunden.

c) Außerdem giebt es einige dem Prozeßrecht zuzuweisende Fälle der Wiedereinsetzung gegen prozessualische Versäumnisse.[9]

V. Das Schiedsgericht.[1]

§ 142. Einleitung.

Die Entscheidung privater Rechtsstreitigkeiten kann einem oder mehreren erwählten Schiedsrichtern durch Schiedsvertrag — Kompromiß — übertragen werden.[2]

1. Kompromisse wurden in Rom der Regel nach durch Stipulation abgeschlossen, mittels deren sich die Parteien zur Zahlung einer Strafe verpflichteten für den Fall, daß sie sich nicht vor dem Schiedsrichter zur Verhandlung stellten oder sich seinem Spruche nicht fügten.[3] Trotz des Kompromisses stand dem Gläubiger frei, den Streit vor den ordentlichen Richter zu bringen, wobei ihm freilich als Nachtheil der Uebertretung des Kompromisses die Verwirkung der bedungenen Strafe drohte.[4] Noch weniger hatte der römische Schiedsspruch Kraft eines Urtheils; Zwangsvollstreckung konnte also aus ihm

---

9) Die R. C. P. O. § 211 läßt die Wiedereinsetzung zu wegen Versäumniß einer Nothfrist in Folge unabwendbaren Zufalls. Gegen ein Versäumnißurtheil findet das Rechtsmittel des Einspruches statt, R. C. P. O. § 303.

1) R. C. P. O. § 851 ff. A. G. O. I, 2 §§ 167—176. Dernburg Pand. Bd. 1 § 165 ff. Von der Hagen über den Begriff des Kompromißvertrags in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 419 ff. Gruchot Bd. 16 S. 1 ff. Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 481. — Vgl. auch Daubenspeck Schiedsgerichte über Regulirung der Bergschäden. Diese Gerichte sind staatlich in einigen Landestheilen aus Technikern eingerichtet, um auf Anrufen der Betheiligten — in Folge Schiedsvertrags — über die den Grundeigenthümern zugefügten Bergschäden endgültig zu entscheiden.

2) Der Vertrag, wodurch die Parteien ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz zuständig machen, ist rechtswirksam, sofern er sich auf bestimmte Rechtsverhältnisse bezieht und vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, vorausgesetzt, daß nicht für sie gesetzlich ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet war, R. C. P. O. § 38 ff. Auch mündlicher Vertrag genügt. In der Regel wird der solcher Gestalt vereinbarte Gerichtsstand als ausschließlicher gewollt sein, vgl. Westerburg bei Gruchot Bd. 21 S. 581 ff. Ein Schiedsvertrag liegt in einer derartigen „Prorogation“ nicht. Das Gericht verhandelt und entscheidet vielmehr in seiner öffentlichen Stellung. Siehe Kohler a. a. O. Bd. 31 S. 511.

3) Vgl. l. 2 D. h. t. Ferner l. 27 § 7. l. 28 D. h. t. 4, 8. Justinian gab übrigens auch aus einem formlosen Vertrage eine Klage, wenn der Schiedsspruch gefällt war und die Parteien ihn anerkannten oder innerhalb der Zeit von zehn Tagen nicht verwarfen, l. 5 C. h. t. 2, 56.

4) l. 2 D. h. t. 4, 8. l. 30 D. eod.

nicht nachgesucht werden;[5] vielmehr begründete er nur eine Klage auf Strafe oder auf Interesse aus seiner Verletzung.[6]

2. Nach neuerem Rechte bewirkt dagegen der Schiedsvertrag, daß, solange er Geltung hat, sein Gegenstand nicht vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden kann.[7] [8] Ferner hat der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils und begründet Zwangsvollstreckung, jedoch so, daß deren Zulässigkeit nach der R.C.P.O. erst durch gerichtliches Vollstreckungsurtheil festgestellt sein muß.[9] Der Schiedsvertrag hat also im neueren Rechte den Boden des reinen Vertragsrechts verlassen und ist zu einer Einrichtung des öffentlichen Rechtes geworden.

§ 143. Bestellung, Aufhebung des Schiedsgerichts.

1. Die Einsetzung der Schiedsgerichte beruht nicht bloß auf Schiedsverträgen. Sie kann auch durch letztwillige oder fideikommissarische Verfügungen,[1] sowie durch Statut einer juristischen Person[2] vorgeschrieben sein.[3] [4]

---

5) l. 1 C. de receptis 2, 56. Für das römische Recht ist es daher nicht durchaus zutreffend, wenn behauptet wird: Paulus lib. 2 ad edictum l. 1 D. h. t. 4, 8: compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.

6) Die spätere römische Jurisprudenz gab indessen dem durch den Schiedsrichter freigesprochenen angeblichen Schuldner unter gewissen Umständen gegen eine neue Klage vor dem ordentlichen Richter eine exceptio pacti de non petendo. Vgl. l. 11 § 3 und l. 13 § 1 D. h. t. 4, 8.

7) Die römische Behandlung war zwar weniger einfach, aber zweckmäßiger als die unsere. Man vergleiche folgenden in den Entscheidungen des Obertribunals Bd. 19 S. 96 ff. mitgetheilten Fall. A. schloß mit B. unterm 13. Februar 1841 einen Vergleich ab, wonach sie die Entscheidung ihrer Streitigkeiten dem Schiedsspruche des C. überließen. Letzterer erklärte später dem A. die Ablehnung des Schiedsrichteramtes, worauf A. mit dem Antrage gegen B. klagbar wurde, zu erkennen, daß er nicht ferner verpflichtet sei, sich dem Schiedsrichteramte des C. zu unterwerfen. Diese Klage wurde nach längerer Verhandlung am 26. April 1845 aus dem Grunde abgewiesen, weil C. verpflichtet sei, den Schiedsspruch zu fällen, sich dieser Verpflichtung nicht willkürlich und einseitig entziehen könne und also nöthigenfalls im Wege Rechtens zu dem Ausspruche anzuhalten sei. Hierauf wurde A. gegen den C., welcher gleichwohl seine Pflichten als Schiedsrichter gänzlich vernachlässigte, gegen Ende 1845 mit dem Antrage klagbar, ihn zu verurtheilen, den Schiedsspruch zu fällen. Nach diesem Antrage wurde im Jahre 1846 erkannt; das Urtheil konnte aber nicht vollstreckt werden, weil C. die preußischen Staaten verlassen hatte. In einem dritten Prozesse klagte nun A. wiederum gegen B. auf Aufhebung des Schiedsvertrages und brachte es endlich am 7. December 1849 dahin, daß das Obertribunal in diesem Sinne erkannte, wodurch ihm nunmehr der Rechtsweg in der Hauptsache frei wurde. Nach Reichsrecht sind solche Proceduren allerdings nicht mehr möglich; nachlässige und verzögernde Schiedsrichter los zu werden, bleibt aber immer eine Schwierigkeit trotz R.C.P.O. § 859, unten § 143 Anm. 25.

8) Durch den Schiedsvertrag ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Parteien bei den ordentlichen Gerichten Arreste oder einstweilige Verfügungen erwirken.

9) Vgl. R. C. P. O. §§ 866. 868. Der § 660 Abs. 2 ist anwendbar.

1) Es bestimmt z. B. eine Fideikommißstiftung der Familie v. Minnigerode, daß im Falle Streitigkeiten über das Fideikommiß entstünden, eine deutsche juristische Fakultät im Wege des Schiedsspruches entscheiden solle.

2. Der Schiedsvertrag muß das Rechtsverhältniß, auf welches er sich bezieht, bestimmt bezeichnen. Es ist nicht erforderlich, daß dasselbe bereits zur Zeit des Abschlusses des Schiedsvertrages besteht oder gleichzeitig begründet wird.[5] Er kann sich auf obschwebende oder künftige Streitigkeiten beziehen. Die Parteien müssen befugt sein, über seinen Gegenstand frei zu verfügen.[6 7 8]

---

2) So verfügt das preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 115 Abs. 2: Durch das Statut kann bestimmt werden, daß die Entscheidung der Frage, ob ein Gewerkschaftsbeschluß zum Besten der Gewerkschaft gereiche, durch ein Schiedsgericht erfolgen soll.

3) Nach R. C. P. O. § 872 sollen die Bestimmungen über Schiedsverträge auf Schiedsgerichte, welche durch Verfügungen anderer Art gültig eingesetzt sind, entsprechende Anwendung finden.

4) Zahlreiche Landes- und Reichsgesetze fordern für bestimmte Sachen Entscheidung durch „Schiedsgerichte", welche im Grunde besondere Gerichte bilden und ihren Namen nur um deswillen haben, weil sie aus den Kreisen von Interessenten, oder auch aus Sachverständigen zusammengesetzt sind und weil sie nicht bloß nach Sätzen des Rechtes, sondern auch nach technischen Erwägungen und Zweckmäßigkeitsgründen urtheilen sollen. Die Bestimmungen der R. C. P. O. über Schiedsverträge passen für solche Schiedsgerichte nicht und sind auf sie nicht anwendbar. Vgl. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 3. Schiedsgerichte solcher Art ordneten unter Anderem an das Vorfluthgesetz vom 15. November 1811 § 22 und das Gesetz über die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883 § 6. Es gehören dahin auch die Schiedsgerichte des Gesetzes vom 15. Februar 1840 § 18 bezüglich der Familienschlüsse; doch verweist das Gesetz für diese Schiedsgerichte auf die Bestimmungen der A. G. O. I, 2 § 167 über Schiedsverträge. Ob aber die Vorschriften der R. C. P. O. über Schiedsverträge an deren Stelle getreten sind, wie die Meisten annehmen, ist sehr zweifelhaft. — Mehrfach sind Schiedsgerichte in landwirthschaftlichen Auseinandersetzungssachen gesetzlich angeordnet; das Gesetz vom 18. Februar 1880 § 95 erklärt die Vorschriften der R. C. P. O. über Schiedsverträge auf dieselben ausdrücklich als unanwendbar. Die Schiedsgerichte, welche die Arbeiterversicherungsgesetze einführten, ferner sind zweifellos nichts Anderes als „besondere Gerichte", in welchen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Vertretung finden. Die Schiedsgerichte endlich, welche nach der deutschen Gewerbeordnung § 120a Abs. 3 errichtet wurden, sind in Folge § 81 des Gesetzes vom 29. Juli 1890 zu „Gewerbegerichten" im Sinne dieses Gesetzes geworden.

5) R. C. P. O. § 852. Kohler a. a. O. S. 498. R. O. H. G. Bd. 2 S. 159. Verträge der Art, daß alle unter den Vertragschließenden künftig entstehenden Rechtsstreitigkeiten von gewissen Schiedsrichtern, z. B. einem Geistlichen entschieden werden sollen, sind nicht anzuerkennen. Ist es zweifelhaft, ob eine gewisse Streitigkeit unter den Schiedsvertrag fällt, so ist gegen die Unterstellung zu entscheiden, da Schiedsvertrag immerhin eine Ausnahme von der Regel bildet. R. O. H. G. Bd. 2 S. 426. Dagegen Kohler a. a. O. S. 509.

6) Nach dem Wortlaut der R. C. P. O. § 851 ist nur erfordert, daß die Parteien befugt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen. Es ist jedoch zulässig, sich über die Anfechtung der Ehe oder über eine Ehescheidung in dem Sinne zu vergleichen, daß auf dieselbe verzichtet wird, ein Schiedsvertrag über derartige Streitigkeiten ist gleichwohl unzulässig. Vgl. A. G. O. I, 2 §§ 167. 168.

7) Bezüglich der Form der Schiedsverträge gelten die allgemeinen Grundsätze. Bei Gegenständen von 150 Mark und weniger, sowie bei Handelsgeschäften genügt Mündlichkeit. Ausdrücklichkeit ist nicht nothwendig. So auch R. O. H. G. Bd. 17 S. 248, anders Striethorst Bd. 76 S. 234. Kohler a. a. O. S. 504. Nach R. C. P. O. § 853 kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen, auch wenn derselbe nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes mündlich gültig geschlossen ist.

3. Der Schiedsvertrag ist ein vollkommener, wenn er die Schiedsrichter individuell bezeichnet, ein unvollkommener, wenn er dies nicht thut, vielmehr nur vorschreibt, daß über Streitigkeiten gewisser Art durch künftig zu bestimmende Schiedsrichter entschieden werden soll.

Dem römischen und kanonischen Rechte waren pacta de compromittendo der letzteren Art fremd.[9] Die herrschende gemeinrechtliche Theorie erkannte deren Klagbarkeit an, so daß äußerstenfalls gerichtliche Ernennung der Schiedsrichter erfolgte.[10] Die preußische Praxis verwarf eine so allgemeine Klagbarkeit unvollkommener Schiedsverträge, einmal um deswillen, weil Klagen auf Einsetzung eines Schiedsgerichts überhaupt unzweckmäßig schienen, da statt der erhofften kürzeren schiedsrichterlichen Erledigung durch dieselben ein unerwünschter Zwischenprozeß entsteht, dann aber, weil die Ernennung von Schiedsrichtern als Vertrauenssache galt, welche der Richter nicht statt der vertragschließenden Partei vollziehen könne.[11] Hiernach fanden nur solche Verträge über Ernennung von Schiedsrichtern Anerkennung, in denen Vorkehrung getroffen war, daß deren Ernennung auch ohne Mitwirken des wortbrüchigen Theiles erfolgen konnte. Jedoch ernannte der Richter statt der Partei die Schiedsrichter in Fällen, in welchen das Gesetz selbst die Ernennung von Schiedsrichtern verlangt.[12]

Die Reichsgesetzgebung hat sich der gemeinrechtlichen Theorie angeschlossen. Steht nach dem Vertrag beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner schriftlich den von ihr erwählten Schiedsrichter mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits das Gleiche zu thun. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt. Der Antrag geschieht durch Klage im ordentlichen Verfahren; die Ernennung mittels Urtheils, sofern die Gegenpartei die Ernennung nicht ihrerseits vorher nachholt.[13]

---

8) Bevollmächtigte bedürfen zum Abschluß von Schiedsverträgen Specialvollmacht, vgl. oben § 114 bei Anm. 4. Prokuristen jedoch sind zum Abschluß ohne Specialvollmacht befugt, H. G. B. Art. 42 Abs. 1, ebenso Handlungsbevollmächtigte falls Schiedsverträge in den ihnen übertragenen Geschäften verkehrsüblich sind. Prozeßbevollmächtigte als solche haben das Recht zu Schiedsverträgen nicht, Kohler a. a. O. S. 505.

9) cap. 12 X. de arbitr. 1, 43.

10) Buchka und Budde Entsch. d. Oberappellationsgerichts Rostock Bd. 2 S. 183.

11) Entsch. des O. Trib. Bd. 10 S. 241, Bd. 51 S. 351 und an anderen Orten. R. O. H. G. Bd. 7 S. 330, Bd. 17 S. 250. Vor dem 1. Oktober 1879 geschlossene pacta de compromittendo unterliegen dem alten Recht.

12) Entsch. des O. Trib. Bd. 37 S. 322.

13) R. C. P. O. § 855, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1185. Die Zuständigkeit des Gerichts regelt § 871. Jede Partei ist an ihre Ernennung gebunden, wenn dem anderen Theile deren Anzeige zugestellt wurde. — Die bezüglichen Bestimmungen der

Es wird ferner ein Schiedsvertrag, welcher Bestimmungen über die Ernennung von Schiedsrichtern nicht enthält, vom Gesetz dahin ergänzt, daß von jeder Partei ein Schiedsrichter zu ernennen ist.[14]

4. Was die Fähigkeit zum Schiedsrichteramte anlangt, so hat die römische Jurisprudenz nicht wenige Personen für ungeeignet zu diesem Amte erklärt, so namentlich Personen unter 20 Jahren, Taube, Stumme, Wahnsinnige, Frauen.[15] Nach Reichsrecht bestehen keine besonderen Beschränkungen der Fähigkeit zur Bekleidung des Schiedsrichteramtes. Selbstverständlich aber sind unfähig eine Entscheidung zu fällen Kinder und Geisteskranke, da ihnen die nothwendige Urtheilskraft fehlt.[16] Unfähig ist auch, wie nach römischem Rechte, zur Ausübung des Schiedsrichterberufes eine der Parteien selbst, da zum Richten eine Stellung über den Parteien gehört.[17] [18]

Zu unterscheiden von der Unfähigkeit der Schiedsrichter ist deren Ablehnbarkeit.[19] Das Reichsrecht verstattet die Ablehnung von Frauen, Minderjährigen, Tauben, Stummen und von Personen, welche nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind, sowie von solchen, welche als Richter in der Sache abgelehnt werden könnten.[20] Ist hierbei gleich zunächst an die von der andern Seite bezeichneten Schiedsrichter gedacht, so wird man das Ablehnungsrecht doch auch demjenigen zugestehen, welcher im Irrthum über die bezüglichen Eigenschaften einen ablehnbaren Schiedsrichter seinerseits bezeichnete.[21]

R. C. P. O., insbesondere §§ 854. 855 haben auf Schiedsverträge, die vor Inkrafttreten dieser Ordnung geschlossen sind, keine Anwendbarkeit.

14) R. C. P. O. § 854. Ist verabredet, daß das Schiedsgericht durch Auswahl aus mehreren namhaft gemachten Personen bestellt werden soll, und eine derselben stirbt, so kann derjenige, welcher seinerseits die Auswahl noch nicht getroffen hat, vom Schiedsvertrag zurücktreten.

15) l. 9 § 1. l. 41 D. h. t. 4, 8. l. 6 C. h. t.

16) Die R. C. P. O. schweigt. „Schreibunkundige" sind fähig.

17) l. 51 D. h. t. 4, 8, vgl. oben § 124 Anm. 3. Nach Reichsrecht kann man auch auf den ordentlichen Richter kompromittiren, was die römischen Gesetze verboten, l. 9 § 2 D. h. t. 4, 8, damit die Richter nicht, indem sie die Parteien bestimmten, ihnen das Schiedsrichteramt zu übertragen, sich von den gesetzlichen Formen und Schranken befreiten. Der Richter kann aber, wie jeder Andere, das Schiedsrichteramt ablehnen.

18) Gewöhnlich behauptet man, daß Schiedsverträge, durch welche ein „Gericht" oder eine „Korporation" zu Schiedsrichtern bestimmt wird, unverbindlich seien, weil die moralische Person als solche nicht Recht sprechen könne. Vgl. R. O. H. G. Bd. 2 S. 269 ff. Dies ist nicht gerechtfertigt, da die Meinung ist, daß die jeweiligen Richter, beziehentlich die Personen, welche die Korporation vertreten, schiedsrichterlich entscheiden sollen. Das Kompromiß auf den Gerichtsvorsitzenden erklärt für gültig R. O. H. G. Bd. 17 S. 252. Auch will Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 355 das Kompromiß auf das Gericht dann für gültig ansehen, wenn dasselbe auf landesherrlich bestätigtem Statut beruht. Der Bundesrath hat mehrfach auf Grund des Art. 76 der Reichsverfassung Streitigkeiten zwischen Bundesstaaten an bestimmte Gerichte, auch an Senate des Reichsgerichts verwiesen, Eccius bei Förster Bd. 1 § 49a Anm. 14.

19) Siehe von der Hagen in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 472 ff.

20) R. C. P. O. § 858, vgl. R. C. P. O. § 41 ff.

21) Anhang § 41 zu A. G. O. I, 2 § 169 gab ein Ablehnungsrecht von Personen, die im Ausland wohnen. Die R. C. P. O. hat hierüber nichts bestimmt. Würde jedoch

5. Verpflichtet, das Schiedsrichteramt zu übernehmen, ist in der Regel Niemand. Wer die Ausfällung des Schiedsspruchs übernommen hatte — durch das sogenannte Receptum — konnte nach früherem Recht auf Erfüllung verklagt werden.[22] Im Falle wesentlicher Veränderung der Umstände durfte der Schiedsrichter jedoch das Schiedsrichteramt niederlegen, trotzdem, daß er die Uebernahme des Schiedsspruches erklärt hatte.[23] Nach der R. C. P. O. findet eine Klage auf Ausfällung des Spruches nicht statt.[24]

6. Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, wenn der ihm hinzugefügte Termin vor Austrag der Sache abglaufen ist, ferner, falls nicht anderweite Vereinbarungen getroffen sind, wenn er bestimmte Schiedsrichter bezeichnete und einer derselben durch Tod oder aus anderem Grunde, z. B. Geisteskrankheit, wegfällt, die Uebernahme des Amtes verweigert, die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert,[25] oder vom übernommenen Amt zurücktritt.[26] Waren die Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrag bestimmt, so hat bei Nichteintritt oder Wegfall des demnächst Ernannten Ergänzung einzutreten, soweit im Vertrage Vorkehrung für diesen Fall getroffen ist; in Ermangelung einer solchen kann das durch die R.C.P.O. vorgesehene Ergänzungsverfahren betrieben werden.[27]

Tod oder Konkurs einer der Parteien ist nicht,[28] wie nach römischem Recht,[29] Erlöschungsgrund.[30]

---

in offenbar chikanöser Weise eine Person, die in der Fremde, z. B. Nordamerika, Australien wohnt, zum Schiedsrichter ernannt, so würde ein Ablehnungsrecht — nach Analogie einer exceptio doli — kaum zweifelhaft sein können.

22) Vgl. aber Gruchot Bd. 1 S. 481. Striethorst Archiv Bd. 27 S. 158.

23) Nach römischem Rechte wurde der Schiedsrichter, der die Ausfällung des Spruches übernommen hatte, zur Durchführung der Verhandlung und zur Entscheidung durch Strafen gezwungen, l. 32 § 12 D. h. t. 4, 8.

24) Gemäß R. C. P. O. § 859 tritt der Schiedsvertrag außer Kraft, wenn der in dem Vertrag bestimmte Schiedsrichter „von dem mit ihm geschlossenen Vertrag zurücktritt". Es liegt dem der Gedanke zu Grunde, daß ein Zwang gegen den Schiedsrichter nicht stattfindet. Einverstanden ist Eccius § 49a Anm. 16, sowie Struckmann und Koch zum § 859, Daubenspeck a. a. O. S. 47 und R. G. Bd. 18 S. 371, anderer Ansicht Seuffert Kommentar zur C. P. O. in der Einleitung zum zehnten Buche.

25) Das O. Trib. erkannte Entsch. Bd. 19 S. 96 ff. — vgl. oben § 142 Anm. 7 — das Rücktrittsrecht nur an, wenn der Schiedsrichter nach angestrengtem Prozeß und fruchtlos versuchter Zwangsvollstreckung nicht vermocht werden konnte, seinen Spruch zu fällen. R. C. P. O. § 859 läßt den Schiedsvertrag schon außer Kraft treten, wenn der durch ihn bestimmte Richter seine Pflicht vernachlässigt.

26) R. C. P. O. § 859.

27) R. C. P. O. § 857.

28) So Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 435 ff. Das Gleiche gilt nach der R. C. P. O.

29) l. 27 § 1. l. 32 § 3. l. 49 § 2 D. h. t. 4, 8.

30) Ansprüche eines Gemeinschuldners, über welche ein Schiedsvertrag geschlossen ist, kann der Konkursverwalter nur beim Schiedsgericht verfolgen. Wie aber steht es mit Verpflichtungen des Gemeinschuldners, über welche ein Schiedsvertrag geschlossen ist? Anmelden muß sie der Gläubiger im gerichtlichen Prüfungstermine. Werden sie aber hier bestritten, so müssen sie beim Schiedsrichter verfolgt oder weiter verfolgt

§ 144. Die Verhandlung. Der Schiedsspruch.

1. Ueber die Form der Verhandlung vor dem Schiedsgerichte bestimmt das Ermessen des Schiedsrichters. Er kann also mündliches oder schriftliches Verfahren vorschreiben, ferner die Art der Erhebung der Beweise nach seinem Ermessen bestimmen.[1]

Jedoch ist erfordert, daß er beiden Theilen das rechtliche Gehör vollständig gewähre, also ihnen Gelegenheit gebe, ihre erheblichen Behauptungen sämmtlich vorzubringen und zu beweisen.[2] Ausschließung wegen Ungehorsams kann er mit Wirkung androhen, da hierin eine Entziehung des rechtlichen Gehörs nicht liegt.[3] Die Schiedsrichter sind befugt, das Verfahren fortzusetzen und den Schiedsspruch zu erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens von einer Seite behauptet, insbesondere das Bestehen eines rechtsgültigen Schiedsvertrages bestritten wird,[4] sie können aber auch das Verfahren vertagen, bis über ihre Zuständigkeit oder deren Umfang im Wege einer Feststellungsklage durch den ordentlichen Richter entschieden ist. Eide kann der Schiedsrichter zwar nicht selbst abnehmen, doch haben die ordentlichen Gerichte desfallsigen Anträgen nachzugeben und die Parteien, Zeugen oder Sachverständigen zu vereidigen, sofern nicht besondere Gründe, z. B. wegen der Fassung des Eides, entgegenstehen.[5] Auch hinsichtlich des materiellen Rechtes ist es dem Schiedsrichter ermöglicht, in höherem Grade als dies der gewöhnliche Richter vermag, Rücksichten der Billigkeit nachzugeben, da dies die Parteien wollen, indem sie ihre Streitigkeit der Beurtheilung im gewöhnlichen Rechtswege entzogen.

2. Die Schiedssprüche sind durch absolute Mehrheit der Schiedsrichter zu fassen, welche sämmtlich bei der Beschlußnahme anwesend sein müssen.[6] Kommt es zu keinem Mehrheitsschlusse, so hatten nach gemeinem und preußischem Rechte die Parteien, und wenn diese sich nicht vereinigten, die Schiedsrichter einen Obmann zu wählen.[7] Nach der R. C. P. O. haben die Schiedsrichter, abgesehen von ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien, nicht das

werden, vgl. R. K. O. § 134. Besondere Bestimmungen fehlen darüber. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 451, Bd. 23 S. 434. Anders Eccius Bd. 1 § 49a Anm. 18. Vgl. Kohler S. 524 a. a. O.

1) R. C. P. O. § 860 Abs. 2. Vgl. Hagen in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 440 ff.

2) R. C. P. O. § 860 Abs. 1, § 867 unter 4. Ueber die Erhebung der Klage vgl. oben § 126 Anm. 13.

3) Striethorst Archiv Bd. 39 S. 347.

4) Vgl. R. C. P. O. § 863, vgl. R. O. H. G. Bd. 2 S. 164, anders O. Trib. Entsch. Bd. 33 S. 168.

5) Vgl. R. C. P. O. § 862. Es bedarf des Antrages einer Partei bei Gericht auf Grund des schiedsrichterlichen Beschlusses.

6) R. C. P. O. § 864.

7) A. G. O. I, 2 § 170. So auch nach römischem Rechte. Wenig inneren Zusammenhang hat jedoch l. 17 §§ 5. 6 D. h. t. 4, 8.

Recht, einen Obmann zu wählen; der Schiedsvertrag tritt daher außer Kraft, falls absolute Mehrheit nicht zu erreichen ist.[8]

Formell vollendet wird der Schiedsspruch erst, wenn ihn die Schiedsrichter nach schriftlicher Abfassung unterschreiben, den Parteien in einer von ihnen unterschriebenen Ausfertigung zustellen lassen und die Urschrift ihres Spruches unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichtes niederlegen. Unterschrift aller Schiedsrichter ist nothwendig, die weiteren Maßnahmen kann deren Mehrheit betreiben, auch wenn sich die Minderheit der Theilnahme entzieht.[9]

3. Der Schiedsspruch hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils. Berufung an die staatlichen Gerichte ist unzulässig,[10] während das ältere Recht die Berufung für den Fall verstattete, daß sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen war.[11]

Dagegen kennt das Reichsrecht Aufhebung des Spruches wegen Nichtigkeit, sowie wegen Anspruches auf Restitution.[12] Die Nichtigkeit kann darauf gegründet werden, daß das Verfahren an sich unzulässig war, z. B. weil die Parteien zum Abschluß des Schiedsvertrages nicht fähig waren oder die Streitsache sich nicht für einen solchen eignete oder die Bestellung der Schiedsrichter nicht dem Gesetz gemäß erfolgte; ferner darauf, daß es dem Verfahren an wesentlichen Erfordernissen fehlte, insbesondere daß der beschwerten Partei das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde, es sei denn auch

8) R. C. P. O. § 859 Ziff. 2. Durch diese Bestimmung wird der Zwang der R. C. P. O. gegen die Parteien zur Ernennung von Schiedsrichtern bei unvollkommenen Schiedsverträgen — oben § 143 zu 3 — illusorisch. Es ist Jedem, der mit schiedsrichterlichem Verfahren zu thun hatte, bekannt, daß die von den Parteien ernannten Schiedsrichter in der Regel nicht viel Anderes sind, als deren Anwälte; die Entscheidung fällt daher dem Obmann zu. Nun zwingt mittelbar — oben § 143 Anm. 13 — die R. C. P. O. den Theil, welcher das Schiedsgericht nicht mehr will, gleichwohl einen Schiedsrichter zu ernennen, er wird in der Regel Parteigänger seiner Sache ernennen und das Ende des in das Werk gesetzten Verfahrens wird sein, daß jeder Schiedsrichter im Sinne der Partei, welche ihn ernannte, erkennt, mithin der Fall des § 859 Ziff. 2 eintritt, also die Sache am Schluß wieder an dem Punkt steht, von dem sie ausging. Ebenso ist es, wenn nicht alle Schiedsrichter unterschreiben; unten Anm. 9.

9) R. C. P. O. §§ 865. R. G. Bd. 5 S. 400, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 434. R. G. Bd. 18 S. 360, bei Gruchot Bd. 32 S. 432. Die Schiedsrichter können den Schiedsspruch noch ändern, bis sie ihn unterschrieben haben. Nachher können sie ihn nicht ändern, auch nicht rechtsverbindlich deklariren, auch wenn der Spruch undeutlich oder unbestimmt ist, anders Daubenspeck a. a. O. S. 72, sowie S. 63. — Auch im Ausland und von Ausländern gefällte, aber nach den Regeln unseres Rechtes formell vollendete Schiedssprüche sind vollstreckbar, selbst wenn die staatlich gefällten Urtheile des betreffenden Auslandes nicht vollstreckbar wären.

10) R. C. P. O. § 866. Der Schiedsspruch ist derzeit von Rechtswegen ein s. g. Laudum, vgl. A. G. O. I, 2 § 173. Der Schiedsvertrag kann jedoch die Zulässigkeit einer Berufung vorbehalten. Eccius Bd. 1 § 49a Anm. 20. Anders Daubenspeck a. a. O. S. 93.

11) A. G. O. I, 2 § 173, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 47 S. 328.

12) R. C. P. O. § 867, oben § 141 zu b Abs. 2. Vgl. R. G. Bd. 23 S. 432.

dies durch den Schiedsvertrag besonders verstattet worden; sodann darauf, daß sie nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie die Prozeßführung nicht genehmigte; endlich darauf, daß der Schiedsspruch Verbotenes oder rechtlich oder thatsächlich Unmögliches vorschreibt[13] oder nicht mit Gründen versehen ist, es sei denn die Nichtbegründung des Spruches durch den Schiedsvertrag besonders erlaubt. Die Fälle der Restitution sind dieselben, welche für die Restitutionsklage gegen gerichtliche Urtheile Platz greifen; doch ist Restitution wegen später aufgefundener Urkunden ausgeschlossen.[14]

4. Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch setzt ein Vollstreckungsurtheil auf Grund zweiseitigen Verfahrens voraus.[15] Das Gericht hat hierbei die Richtigkeit des Schiedsspruchs nicht zu prüfen; das Vollstreckungsurtheil vielmehr nur zu versagen, wenn ein gesetzlicher Grund für die Aufhebung des Spruches besteht. Handelt es sich um Mängel, auf deren Geltendmachung die Partei nicht verzichten kann, so ist die Vollstreckung auch von Rechtswegen zurückzuweisen, sonst nur auf Antrag.[16] Nach Erlassung des Vollstreckungsurtheiles ist Aufhebung nur noch durch Restitutionsklage möglich und nur dann, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Antragsteller ohne sein Verschulden außer Stande war, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen und wenn die Klage binnen der Nothfrist eines Monates nach Kenntniß von dem Aufhebungsgrund erhoben wird. Die Klage verjährt mit 10 Jahren nach Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils.[17]

VI. Sicherung gefährdeter Ansprüche durch das Gericht.

§ 145. Allgemeines. — Kaution.

Der Staat hat nicht bloß die Aufgabe, fällige Ansprüche zur Vollstreckung zu bringen. Seine Vorsorge erstreckt sich auch auf Rechte, welche noch nicht fällig oder noch nicht zur Vollstreckung reif sind. Er schützt sie im Bedürfnißfall gegen Verdunkelung, insbesondere durch Nöthigung zur Aufstellung eines

13) l. 32 § 15 D. h. t. 4, 8. l. 46 D. eod. R. C. P. O. § 867 unter 2 drückt sich jedenfalls viel zu eng aus, indem er nur von verbotenen Handlungen spricht. Man denke z. B. der Schiedsspruch schreibe die Eintragung eines Anspruches im Grundbuche vor, welcher nicht eintragungsfähig ist. Insoweit hatte es guten Sinn, wenn das ältere Recht für nichtig erklärte Schiedssprüche gegen klare Landesgesetze. Vgl. Kohler a. a. O. S. 502.

14) R. C. P. O. § 867 Ziff. 6, vgl. oben § 141 zu b Abs. 3. — R. G. Bd. 23 S. 432.

15) R. C. P. O. § 868 Abs. 1.

16) R. C. P. O. § 868 Abs. 2. Es ist bestritten, inwieweit das Gericht befugt ist, die Aufhebungsgründe von Amtswegen geltend zu machen. Jedenfalls hat das Gericht von Amtswegen zu prüfen, ob der Schiedsspruch formell vollendet ist, oben Anm. 9. R. G. Bd. 5 S. 397.

17) Vgl. R. C. P. O. §§ 869, 870. Nach Erlaß des Vollstreckungsurtheils ist also Klage wegen Nichtigkeit des Schiedsspruchs ausgeschlossen.

Inventars, durch richterliche Beurkundung, Anerkennung von Protestationen und Reservationen, auch durch die Feststellungsklage. Gegen die Gefahr, daß die Vollstreckung dereinst thatsächlichen Hindernissen begegnet, sind Kautionen, Arreste und einstweilige Verfügungen bestimmt.[1]

Kaution — Sicherstellung — ist ein Rechtsgeschäft zum Zweck der Sicherung künftiger oder wenigstens noch unbestimmter Ansprüche durch Pfänder oder durch Bürgen.[2] Eidliche Kaution, deren das Landrecht als Aushülfe in Ermangelung anderer Mittel gedenkt, gehört nur in weiterem Sinne hierher und ist nicht im Gebrauche.[3]

Regelmäßiges Mittel ist Pfandbestellung, welche bei Landgütern innerhalb der ersten zwei Drittel, bei städtischen Grundstücken innerhalb der Hälfte des Werthes der Grundstücke stehen, bei beweglichen Pfändern innerhalb drei Vierteln des Werthes bleiben soll.[4]

Bürgen sind nur anzunehmen, wenn sie inländische sind und die Kaution im angegebenen Maße auf ihre Grundstücke eintragen lassen. Wird die gestellte Kaution nachträglich unsicher, so kann neue Kaution gefordert werden.

Die Pflicht zur Kautionsstellung ist für zahlreiche Einzelfälle durch Gesetz geregelt; vielfach sind dabei auch über die Kautionsmittel besondere Vorschriften gegeben.[5] Das Recht auf Kaution ist bald ein absolutes, bald vom richterlichen Ermessen nach Lage des Einzelfalles abhängig gemacht.[6] [7] Auch durch

---

1) Kaution, Rechnungslegung, Inventar, Arrest, einstweilige Verfügung und auch Feststellungsklage findet sich alles zusammen erörtert bei Eccius Bd. 1 § 48.

2) L. R. I, 14 § 178 ff., vgl. unten Bd. 2 § 240. Der römische Begriff der cautio ist Versprechen einer Leistung in Stipulationsform. Sie konnte sein nuda repromissio, d. h. nackte Stipulation oder satisdatio, d. h. durch Bürgen versicherte Stipulation.

3) Eidliche Kaution wurde in der älteren gemeinrechtlichen Praxis als genügend erachtet, wenn andere nicht zu beschaffen war. In Wahrheit lag hierin eines der Mittel, um die harten Kautionsanforderungen des römischen Rechtes, z. B. an den Nießbraucher durch solche Scheinkaution zu beseitigen, vgl. bei Seuffert Archiv Bd. 15 N. 105 Citirte. Hiernach ist L. R. I, 14 § 184 zu begreifen. Mit Regelung der Kautionspflicht entsprechend den modernen Verhältnissen ist jener Nothbehelf der gemeinrechtlichen Praxis überflüssig geworden.

4) L. R. I, 14 §§ 188, 190. Landgüter im Sinne dieser Vorschrift sind der Landwirthschaft dienende Grundstücke, vgl. Capell in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 75 ff. Anders ist der Begriff oben § 63 Anm. 5.

5) Prozeßkautionen z. B. sind, vgl. R. C. P. O. § 101, durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen genügende Deckung gewähren; für Amtskautionen fordert das Gesetz vom 25. März 1873 § 5 preußische oder deutsche Staatsschuldscheine auf den Inhaber, unten § 356 Anm. 6. Ueber die Kautionsmittel bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken siehe unten § 348 zu 6. Zuweilen unterliegen die Kautionsmittel schlechthin richterlicher Bestimmung. So im Fall des § 70 der R. K. O., Bd. 2 § 115 bei Anm. 9.

6) Derartige Fälle sind häufig. So bezüglich der cautio de non turbando wegen Besitzstörungen L. R. I, 7 § 152 ff., der Obliegenheiten des Nießbrauchers L. R. I, 21 § 20, bei gewissen Prozeßkautionen R. C. P. O. § 647.

Vertrag kann Kaution zugesagt sein;[8] soweit es dann an näheren Vereinbarungen mangelt, treten die gesetzlichen Bestimmungen über Kautionen ein. Die Kautionsstellung ist bald schlechthin Verpflichtung, so daß sie durch Klage und Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann, bald, z. B. bei Prozeßkautionen, Bedingung der Ausübung eines Rechtes. Unter Umständen besteht nur die Befugniß der Rückhaltung eines Gutes bis zur Kautionsstellung.

Welche Ansprüche durch die Kaution gedeckt werden, ist Frage des Einzelfalls.[9] Stets sichert sie nur einen Geldbetrag; Erfüllung von Leistungen anderer Art kann durch sie nicht gefördert werden.[10] Das Recht aus der Kaution erlischt, wenn aus dem Rechtsverhältnisse, für welches sie gestellt ist, bei dessen Abwickelung keine Geldansprüche zurückbleiben, insbesondere wenn sie getilgt wurden. Wird die Klage auf Rückerstattung schon dadurch substantiirt, daß Kläger die Beendigung des Rechtsverhältnisses, z. B. Miethe, Gesellschaft, Mandat darthut? Ist es also Sache des Kautionsnehmers, seinerseits zu behaupten und darzuthun, daß er dennoch Geldansprüche habe, welche die Rückhaltung der Kaution rechtfertigen? Hierüber entscheidet, wie sich die Beweislast in den gegebenen Forderungsverhältnissen nach den allgemeinen Grundsätzen vertheilt; Gesellschafter, Mandatarien z. B. haben ihrerseits durch Rechnungslegung darzuthun, daß keine Ansprüche bestehen, für welche die Kaution haftet;[11]

---

7) Das römische Recht machte von der cautio und insbesondere der satisdatio einen sehr rücksichtslosen Gebrauch. Insbesondere war nach klassischem Recht bei der rei vindicatio und andern dinglichen Klagen Seitens des Besitzers Kaution zu stellen, widrigenfalls er sofort außer Besitz gesetzt werden konnte, Gaj. Inst. IV § 89, anders § 2 J. de satisdat. 2, 11. Es erklärt sich hieraus ein beachtenswerther Unterschied der römischen und der modernen Klagweise. In Rom pflegte der Kläger, welchem eine rei vindicatio und außerdem eine persönliche Klage, z. B. aus einem Mandat, einer Miethe oder einem Kommodat zur Wiedererlangung seiner Sache zu Gebote stand, meist die dingliche Klage zu wählen, da ihm im Falle ihrer Anstellung sofortige Sicherheit für die etwaige Restitution zu leisten war. Im neueren Rechte hingegen, nachdem der Vortheil der Sicherstellung der Vindikation durch Kaution weggefallen ist, wird Kläger im Falle einer Konkurrenz der dinglichen und persönlichen Klage, die letztere wählen, deren Beweis meist leichter als bei der dinglichen Klage ist; daher denn eine Eigenthumsklage in Bezug auf bewegliche Sachen bei uns so unvergleichlich seltener statt hat, als in Rom.

8) L. R. I, 14 § 197.

9) Die für die Dauer eines Verhältnisses, z. B. eines Mandates, gestellte Kaution wird sich im Zweifel auch auf Ansprüche beziehen, welche bereits vorher erwachsen sind, nicht aber auf solche, über welche abgerechnet war, da sie hiermit gleichsam ausgesondert wurden.

10) Die für ein bestimmtes Rechtsverhältniß geschuldete Kaution kann noch gefordert werden, nachdem dasselbe beendet ist, sofern die aus ihm entspringenden Verbindlichkeiten noch illiquid sind. L. R. I, 14 § 178 steht sicher nicht im Wege. Das wenig zutreffende Erkenntniß bei Striethorst Archiv Bd. 6 S. 316 hätte kaum verdient, ohne Vorbehalt allgemein angemerkt zu werden.

11) Vgl. Bd. 2 § 70 bei Anm. 6.

der Pächter hat Zahlung des Pachtzinses zu beweisen, kann dagegen seinerseits den Beweis von Verschlechterungen vom Verpächter erwarten.[12]

§ 146. Arrest.[1]

1. Das Arrestverfahren ist deutschen Ursprunges und aus der Zwangsvollstreckung im Mittelalter hervorgegangen.[2] Beim Arrest fordert das Recht nicht die Mitwirkung des Verpflichteten wie bei der Kaution; der Arrest vollzieht sich vielmehr auf Grund der Verfügungen der richterlichen Gewalt ohne solche Mitwirkung. Und zwar geschieht er entweder durch Festmachung von Vermögen des Verpflichteten — Realarrest oder „dinglicher Arrest", oder durch Festhalten seiner Person — Personalarrest, „persönlicher Sicherheitsarrest". Der Zweck des Arrestes ist nach der besonderen Ausbildung, welche er nach den Reichsjustizgesetzen erhalten hat, ausschließlich Sicherung der Zwangsvollstreckung für ein Geldinteresse, d. h. für einen Anspruch, welcher von vornherein auf Geld gerichtet ist oder sich später in Geld auflösen kann.[3]

a) Vorausgesetzt ist also ein jetziger oder zukünftiger Geldanspruch, wegen dessen Zwangsvollstreckung möglich ist; eine klaglose Forderung würde nicht ausreichen. Es kommt nicht in Betracht, ob der Anspruch bereits eingeklagt ist oder nicht; auch ein bereits vollstreckbarer Anspruch kann einen Arrest begründen, sofern der Vollstreckung Hindernisse im Wege stehen. Betagte Ansprüche genügen,[4] richtiger Ansicht nach auch bedingte, obgleich das Gesetz hierüber schweigt. Die Ansicht, daß ein Arrest wegen bedingter Ansprüche nur zulässig sei, wenn das Civilrecht dem bedingt Berechtigten ein Recht auf Sicherstellung gewähre, vermengt unrichtigerweise den dem Privatrecht zugehörigen Kautionsanspruch und die im öffentlichen Recht wurzelnde Aufgabe des Richters, gefährdete Rechte zu sichern.[5]

b) Des Weiteren ist erfordert ein Arrestgrund, d. h. eine Gefährdung des Anspruches. Ein solcher liegt in der Gefahr, daß das der Zwangsvollstreckung unterworfene Vermögen rechtlich oder thatsächlich, sei es

---

12) R. O. H. G. Bd. 24 S. 364. Ueber die Beweislast bei Kaution durch Wechsel vgl. unten Bd. 2 § 280 bei Anm. 24.

1) R. C. P. O. § 796 ff. Johannes Merkel über Arrest und einstweilige Verfügungen nach deutschem Prozeßrecht, 1880. Ueber früheres preußisches Recht A. G. O. I, Tit. 29. Strey die Lehre von den Arresten nach preußischem Recht, 1859.

2) Meibom das deutsche Pfandrecht, 1867, S. 147 ff.

3) R. C. P. O. § 796 Abs. 1.

4) R. C. P. O. § 796 Abs. 2.

5) Oben § 145 Abs. 1. Anders die Meisten nach den Motiven der Entwürfe zur R. C. P. O. Vgl. aber Merkel a. a. O. S. 33. Nach preußischem Prozeßrecht war der Arrest wegen bedingter Ansprüche zulässig. R. C. P. O. § 806 steht nicht im Widerspruch, giebt aber eine entsprechende Begrenzung.

durch den Schuldner, oder auch ohne sein Zuthun der Art vermindert oder verbracht werde, daß Vereitelung oder *wesentliche* Erschwerung der Zwangsvollstreckung zu besorgen ist. Es ist zureichender Arrestgrund, wenn ohne den Arrest das Urtheil im Ausland vollstreckt werden müßte.[6] [7] Ausländer sind wie Inländer zum Antrag auf Arrest befugt. Nicht als Arrestgrund ist anzusehen die Gefahr, *daß andere Gläubiger durch Zwangsvollstreckung das unzulängliche Vermögen des gemeinsamen Schuldners erschöpfen.* Hier können nur einstweilige gerichtliche Verfügungen oder Konkurseröffnung Sicherung bringen.

2. Gegenstand des *Realarrestes* sind solche Vermögensgegenstände des Verpflichteten, welche der Zwangsvollstreckung unterliegen.

Zur Rechtsbeständigkeit des Arrestes genügt, daß sich die arrestirte Sache in dem *Gewahrsam des Schuldners befindet*, auch wenn sie ihm nicht gehört. Der Eigenthümer ist in solchem Falle darauf angewiesen, sein Recht an der Sache zur gerichtlichen Anerkennung zu bringen; eigenmächtiger Bruch des Arrestes macht ihn trotz seines Eigenthumes straffällig.[8]

Die Arrestirung ist nicht weiter auszudehnen, als *voraussichtlich behufs Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Arrestvollstreckung erfordert ist*; sie hat zu unterbleiben, wenn sich ein Ueberschuß über diese *Kosten* nicht erwarten läßt.

Nach älterem deutschen Recht gab der Arrest ein Pfandrecht[9] und dies hatte sich im sächsischen Recht bis in die neuere Zeit erhalten; dagegen galt als gemeines Recht und war preußische Gesetzgebung,[10] daß der Arrest nur negative Kraft hatte, so daß er dem Arrestleger nachtheilige Veränderungen ausschloß, ohne dem Arrestleger ein Vorzugsrecht vor vorhandenen Gläubigern

6) R.C.P.O. §797 Abs. 2. Gilt dies aber auch für Gläubiger, welche Angehörige des fraglichen Auslandes sind? Besitzer von Grundstücken sind dem Arrestschlag unterworfen, während sie das ältere Recht grundsätzlich eximirte.

7) Personen, welche der Exterritorialität genießen, unterliegen nicht dem Arrestschlag nach allgemeinen Grundsätzen; ferner in Preußen nicht Mitglieder der regierenden deutschen Häuser; bezüglich fremder Fürsten bedarf es der Vorbescheidung des Justizministers und des Ministers des Auswärtigen; Anhang §§ 201 und 202 zu A. G. O. I, 29 § 90 und Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 5. Ueber die Zuständigkeit der Gerichte für Anordnung von Arresten gegen fremde Staaten vgl. Droop bei Gruchot Bd. 26 S. 289 ff.

8) Unten Anm. 13. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 1 S. 272. Kann die Interventionsklage — R.C.P.O. §§ 808. 690 — gegen den Arrest auf bloßen Besitz gegründet werden? Kühne verneint dies bei Gruchot Bd. 23 S. 497 für das gemeine Recht, berücksichtigt aber die hier Platz greifende actio spolii nicht. Nach preußischem Recht ist die Klage zuständig, vgl. unten § 249 Anm. 8.

9) Vgl. Meibom deutsches Pfandrecht, insbesondere S. 176.

10) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller bezogen sich auf l. 12 D. de rebus a. jud. 42, 5 und ähnliche Stellen, vgl. Leyser med. vol. VII, med. sp. 475 m. 9. Vgl. wetter A. G. O. I, 29 § 87.

zu gewähren. Nach den Reichsjustizgesetzen erzeugt der Arrest an beweglichen Sachen wiederum ein Pfandrecht und dadurch ein Vorzugsrecht zu Gunsten des Arrestlegers.[11] Entsprechendes bestimmt die neueste preußische Gesetzgebung für die Arreste an Grundstücken.[12] Dies Pfandrecht macht jede rechtliche Verfügung des Arrestaten über die arrestirten Gegenstände dem Arrestleger unnachtheilig. Gefährdende thatsächliche Veränderungen ferner sind in Folge der an den Arrest geknüpften obrigkeitlichen Beschlagnahme straffällig.[13] [14] Der Arrestleger erhält ein Recht auf Veräußerung des Gepfändeten erst nach rechtskräftiger Verurtheilung des Gegners in der Hauptsache.

Der Personalarrest geschieht durch Beschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners. Die Mittel können unter Anderem bilden Haft, Hausarrest, Beschlagnahme von Pässen oder Legitimationspapieren. Personalarrest hat nur einzutreten, wenn Realarrest unzulänglich wäre.

3. Der Arrest setzt einen Antrag bei Gericht voraus, welcher den zu sichernden Anspruch, seinen Geldwerth und den Arrestgrund bezeichnet. Anspruch und Arrestgrund sind glaubhaft zu machen. An Stelle der Glaubhaftmachung kann jedoch — in dringlichen Fällen — nach richterlichem Ermessen eine Sicherheitsleistung zu Gunsten des Arrestaten treten.[15] Die Gegenstände, welche arrestirt werden sollen, müssen im Arrestgesuch nicht besonders bezeichnet werden. Der Arrest kann auf einseitigen Vortrag durch Beschluß verhängt werden. Dies wird die Regel bilden; dann steht dem Arrestaten das Recht des Widerspruches und der Ladung des Gegners offen, wodurch eine zweiseitige Verhandlung und ein Endurtheil über den Arrest herbeigeführt wird. Das Gericht kann aber auch, ehe es dem Arrestantrage nachkommt, zweiseitige mündliche Verhandlung anordnen und durch Urtheil über das Arrestgesuch entscheiden. Es kann in allen Fällen den Arrest von einer Sicherheitsleistung des Antragstellers abhängig machen.

4. Der Gläubiger hat die Vollziehung des Arrestes selbst zu betreiben. Dieselbe setzt voraus Zustellung des Arrestbefehles. Die Verwirklichung des Arrestes ist an eine zweiwöchentliche Frist, von dessen Verkündung oder, wo ein Arrestbeschluß erging, von dessen Zustellung an lau-

---

11) R. C. P. O. § 810, vgl. unten § 364a.

12) Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 §§ 10, 153, vgl. unten § 147 Anm. 9 und § 322.

13) Strafgesetzbuch § 137.

14) Dritte redliche Erwerber haben die Rechte, die ihnen nach allgemeinen Grundsätzen zukommen. Die singuläre Bestimmung von A. G. O. I, 29 § 83, welche den Dritten den Beweis der Redlichkeit auflegte, ist als beseitigt zu erachten.

15) R. C. P. O. §§ 800. 801 Abs. 2. R. G. Bd. 27 S. 415. Die A. G. O. I, 29 § 30 ff. unterschied in diesem Sinne die „entfernte" und die „dringende Gefahr".

fend gebunden.[16] Nach dem Gesetze vom 30. April 1886 ist die Vollziehung des Arrests auch vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig, jedoch ohne Wirkung, wenn die Zustellung nicht innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der gedachten Frist erfolgt. Die Vollziehung geschieht, entsprechend der Zwangsvollstreckung, durch Pfändung von beweglichen Sachen, Inhaberpapieren oder indossabeln Papieren Seitens des Gerichtsvollziehers und bei Forderungen auf Namen durch gerichtliches Zahlungsverbot an den Drittschuldner.[17] Die Vollziehung des Arrestes in Grundstücke erfolgt nach Landesrecht; nach preußischem Recht durch Eintragung einer Vormerkung zur Höhe des zu sichernden Geldbetrages.[18]

5. Der Arrest ist vom Gericht aufzuheben[19] im Fall der Nichteinzahlung der gerichtlich geforderten, zu seiner Fortsetzung, z. B. des Personalarrestes nöthigen Kosten, ferner wenn der Arrestgrund in Folge Veränderung der Umstände wegfällt, insbesondere wegen Stellung einer Kaution für den Geldwerth des Anspruches, endlich wenn die durch ihn versicherte Forderung rechtskräftig für nicht begründet erklärt ist. Der Arrestat kann, wenn die Hauptsache nicht rechtshängig ist, fordern, daß dem Arrestleger richterlich eine Frist gestellt werde, innerhalb deren er Klage in der Hauptsache zu erheben hat unter dem Rechtsnachtheil, daß sonst der Arrest auf Antrag durch Endurtheil aufgehoben wird.[20] Auch Verzicht des Arrestlegers erledigt den Arrest.[21] [22]

6. Ueber den mit der Konkurseröffnung eintretenden offenen Arrest ist später zu handeln.[23]

§ 147. Einstweilige Verfügungen. Sequestration.

1. Wie die gemeinrechtliche Praxis,[1] so kennt das preußische Recht in zahlreichen Fällen[2] zur Abwendung von Gefahren vom Gericht angeordnete

---

16) R. C. P. O. §§ 808. 809.

17) R. C. P. O. §§ 810. 730 ff. Der Vollstreckungsklausel bedarf es nur, wenn nach Erlassung der Arrestbefehle eine Rechtsnachfolge eintrat, § 809 a. a. O.

18) R. C. P. O. § 811. Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 2 Abs. 3, § 10.

19) R. C. P. O. §§ 807. 813.

20) R. C. P. O. § 806. Auch die negative Feststellungsklage steht offen, oben § 125 zu 6.

21) Der Arrest verliert durch denselben seine Kraft auch ohne Vermittelung des Gerichtes; ebenso im Fall einer Konfusion der Personen, unten Bd. 2 § 103.

22) Bestritten ist die Frage, ob der Arrestleger, wenn sich der Arrest hinterher als ungerechtfertigt herausstellt, schlechthin für den Schaden einsteht oder, was das Richtige ist, nur im Fall einer Verschuldung. Vgl. hierüber unten Bd. 2 § 295.

23) R. K. O. §§ 102 ff. 108 ff., unten Bd. 2 § 114.

1) Vgl. W. H. Puchta über Provisorien mit besonderer Rücksicht auf Verminderung der Prozeßübel in Lindes Zeitschr. Bd. 5 S. 107.

2) Es gehört hierher L. R. I, 7 § 155 ff. — unten § 158 bei Anm. 28 —, I, 14 § 102 ff., vgl. ferner das Register zur A. G. O. v. Interimisticum. Nach dem Einfüh-

Provisorien oder Interimistica, behufs Regelung eines streitigen Verhältnisses bis der Streit — die s. g. Hauptsache — gerichtlich ausgetragen ist. Die Reichscivilprozeßordnung läßt allgemein gerichtliche „einstweilige Verfügungen“ gegen eine Veränderung des bestehenden Zustandes zu, durch welche die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder erheblich erschwert werden könnte,[3] sowie zur sonstigen Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses, mag dieselbe zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gefahr oder aus anderen Gründen nöthig erscheinen.[4] [5]

Während der Arrest die Beitreibung einer Geldforderung sichern soll, bezweckt die einstweilige Verfügung die Sicherung einer Individualleistung. Daher kann eine einstweilige Verfügung auch gegen einen zahlungsfähigen Gegner erwirkt werden, von welchem im Fall einer Rechtsverletzung Ersatz in Geld beigetrieben werden kann.[6]

Nicht erforderlich ist, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache bereits anhängig sei.

2. Die prozessualischen Vorschriften über das Arrestverfahren finden im Wesentlichen entsprechende Anwendung. Ein bestimmter Geldwerth ist aber nicht anzuführen.

3. Die einstweilige Verfügung schafft nicht, wie der Arrest, ein Pfandrecht.

4. Sie kann in Geboten, z. B. der Reichung von Alimenten,[7] in Verboten, z. B. des Betretens eines Grundstückes, insbesondere in Untersagung der Veräußerung oder Verpfändung einer Sache, oder in einer im Grundbuche einzutragenden Vormerkung bestehen. Besteht die einstweilige Verfügung in einem Veräußerungsverbot, so wirkt dasselbe nach allgemeinen

---

rungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 4 sind unberührt geblieben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können.

3) Von diesem Fall geht die R. C. P. O. § 814 aus; es handelt sich z. B. um Herausgabe einer Sache, welche beim Inhaber gefährdet ist. Hierher gehören auch die in voriger Anm. erwähnten Interimistica in Besitzstreitigkeiten, siehe auch unten § 158 Anm. 6.

4) R. C. P. O. § 819, z. B. Regelung der Alimentation, Ausbesserung von Gebäuden, von Deichen, Reinigung von Gräben. R.K.O. § 98 bestimmt, daß der Richter während des Verfahrens über Eröffnung des Konkurses zur Sicherung der Masse einstweilige Anordnungen treffen, insbesondere ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen kann.

5) Einstweilige Verfügungen können auch zum Schutze dessen dienen, gegen welchen eine Zwangsvollstreckung Platz greift, sei es daß das Urtheil gegen ihn nur vorläufig vollstreckbar ist, sei es daß ihm gegen ein rechtskräftiges Urtheil Einwendungen erwachsen sind.

6) R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 743.

7) R. C. P. O. § 584.

Grundsätzen auch gegen Dritte im Fall der Eintragung im Grundbuch, oder der Kenntniß des Dritten.[8]

5. Die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung richtet sich im allgemeinen nach den Bestimmungen über Arrest, doch genügt in der Regel Sicherstellung allein zur Aufhebung nicht.

6. Eine besonders wichtige Art der einstweiligen Verfügung ist die Anordnung einer gerichtlichen Sequestration. In Folge derselben verwahrt und verwaltet das Gericht den streitigen Gegenstand selbst oder durch Dritte bis zur Erledigung des Streites über denselben.[9]

Sequestrirt werden können wie Sachen, so Personen, in Ansehung deren Rechte streitig sind, z. B. ein Kind, hinsichtlich dessen die Befürchtung besteht, daß dasselbe von einem der im Ehescheidungsprozeß begriffenen Eltern weggebracht werde.[10]

Der Richter haftet für mäßiges Versehen hinsichtlich der Auswahl der Person des Sequesters und hinsichtlich der Aufsicht.[11] [12] [13]

---

8) Eigenthumerwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 § 11, vgl. oben Anm. 4 a. E.

9) R. C. P. O. § 754. Zu unterscheiden von der Sequestration zur Durchführung einer einstweiligen Verfügung ist die Zwecks Vollziehung eines Arrests oder einer Zwangsvollstreckung unten § 353.

10) Vgl. L. R. I, 14 §§ 107. 108 und II, 2 § 91.

11) A. G. O. I, 24 § 116.

12) L. R. I, 14 §§ 100. 106.

13) Vgl. über die Sequestration unten § 149 Anm. 8, Bd. 2 § 211 bei Anm. 12 ff. und oben § 116 Anm. 13.

Fünfter Abschnitt.

Besitz und Verjährung.

Erstes Kapitel.

Die Lehre vom Besitz.[1]

I. Allgemeines.

§ 148. Der Besitz als Thatsache.

Das Wesen des Besitzes setzt das Landrecht in „das physische Vermögen über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen."[2] Es behandelt also den Besitz als eine Thatsache, welche durch das Leben gegeben ist. An diese Thatsache knüpfen sich rechtliche Wirkungen, die Rechte und die Pflichten des Besitzes.

Der Besitz wird aber nicht dadurch Recht, daß er solches erzeugt. Scharf zu unterscheiden ist von den Rechten „des Besitzes" das Recht „zum Besitz".[3] Die Rechte des Besitzes gründen sich auf den Zustand wie er besteht; das Recht zum Besitz bestimmt, wie dieser Zustand sein soll.

Dem Sachbesitz zur Seite steht der Rechtsbesitz. Rechtsbesitzer ist wer ein Recht ausübt.

Der Besitz ist Thatsache,[4] aber er ist keineswegs nothwendig eine sichtbare Erscheinung. Leibliche Einwirkung des Besitzers auf den Gegen=

---

1) L. R. I, 7: „Von Gewahrsam und Besitz;" vgl. die Vorarbeiten der Redaktoren des Landrechts zu diesem Titel, die sogenannten Materialien in Simon und Strampff Zeitschrift Bd. 3 S. 1—390, und Studien zur Lehre vom Besitz, ebendaselbst S. 602 ff. Von anderer Litteratur siehe Koch Besitz nach preuß. Rechte 2. Aufl. 1839. Gruchot Bd. 4 S. 312—340. Bd. 5 S. 291—350, S. 467—536. Kindel daselbst Bd. 21 S. 411, 712 und in den folgenden Bänden. Ueber die gemeinrechtliche Litteratur vgl. außer Savigny das Recht des Besitzes, 7. Aufl., herausgegeben von Rudorff 1865, die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 169 Citirten.

2) L. R. I, 7 § 1 und ff.

3) L. R. I. 7 § 134 ff.

4) Ob der Besitz Recht oder Thatsache sei, darüber wird fortwährend gestritten, vgl. die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 169 Anm. 2 Citirten. Neuerdings spricht sich für die Rechtsnatur des Besitzes aus Schuppe Recht des Besitzes 1891, Preisen die Vererblichkeit des Besitzes nach preußischem Recht 1892. — Ist die Geburt eines Menschen Recht, weil sie Rechte erzeugt?

stand seines Besitzes ist nicht zu seinem Entstehen, noch weniger zu seinem Bestehen erforderlich;[5] sie ist auch nicht genügend. Besitzer ist vielmehr, wer auf die dauernde thatsächliche Verfügung über die Sache bauen kann.[6] Damit ist keine absolute Sicherheit gemeint; eine solche besteht nie. Es genügt, daß man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auf die Beherrschung der Sache rechnen darf. In unserem Besitz ist z. B. unser Hund, auch wenn derselbe zur Zeit frei auf der Straße umherläuft, falls er nur die Gewohnheit hat, zurückzukehren. Dagegen hat der Waldhüter, welcher einen Forst bewacht, nicht den Besitz über das dort geschlagene Holz, so wenig wie der Arbeiter, der dasselbe behaut und aufschichtet, trotz der thatsächlichen gegenwärtigen Möglichkeit der Einwirkung auf den bewachten oder bearbeiteten Gegenstand. Denn dieser sichert ihm nicht die dauernde thatsächliche Verfügung über denselben.[7]

Dauernde thatsächliche Verfügung über die Sache ist bedingt durch Schutz gegen das Spiel der Naturkräfte, sowie durch Sicherung gegen die Einwirkung fremder Rechtssubjekte. Gegen diese Eingriffe schützen nicht bloß Schloß und Riegel. Es genügt in vielen Fällen, wenn für Dritte erkennbar ist, daß eine Sache zur Verfügung eines Andern steht. Denn es kommt dann dem Besitze zu Gute die natürliche Scheu Dritter, die thatsächliche Sphäre unseres Lebens und Wirkens anzutasten, nicht weniger die Achtung vor der Rechtsordnung, welche, indem sie den Besitz wenigstens vorläufig schützt, ihm damit höhere Festigkeit verleiht.[8]

---

5) Eine ununterbrochene Einwirkung auf den Gegenstand seines Besitzes ist dem Besitzer nicht möglich. Es war ein Fehlschluß des Juristen Paulus, wenn er in der l. 14 pr. D. de servitutibus 8, 1, um den Besitz von Weggerechtigkeiten zu leugnen, äußert: ... tales sunt servitutes, ut non habeant certam et continuam possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Mit dem Sachbesitz an Grundstücken verhält es sich offenbar nicht anders.

6) l. 3 §13 D. de a. v. a. p. 41, 2 ... hactenus possideri, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus.

7) Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 354. Wer kommodirtes fremdes Geld in eine Kasse legt, um sich bei deren Revision über Geldbesitz auszuweisen, hat keine Gewahrsam, falls der Verleiher während der Kassenrevision gegenwärtig bleibt, um es dann zurückzunehmen. Unrichtig Entsch. des O. Trib. Bd. 62 S. 7*.

8) Ich besitze weit entlegene, durch Grenzzeichen bezeichnete, oder sonst ersichtlich in Kultur genommene Grundstücke, etwa Waldungen, Sommerweiden im Gebirge, obgleich sie Tagereisen entfernt von meinem und meiner Leute Wohnsitz liegen, so lange mir voraussichtlich nichts im Wege steht, denjenigen Gebrauch von ihnen zu machen, zu dem sie bestimmt sind. Dagegen eine Brieftasche, welche ich in jenem meinem Walde liegen ließ, besitze ich nach meiner Entfernung nicht mehr, denn wenn auch die Möglichkeit besteht, sie wieder zu finden, so ist dies doch nur eine Hoffnung, auf die ich nicht bauen kann. Vgl. auch unten § 153 bei Anm. 3, andrerseits § 151 Anm. 4.

§ 149. Gewahrsam und Besitz. Arten des Besitzes.

Die thatsächliche Herrschaft über eine Sache kann doppelter Art sein, sie ist entweder bloße Gewahrsam — Innehabung, Detention — oder sie ist Besitz, s. g. juristischer Besitz. Gewahrsam einer Sache hat, wem dieselbe in äußerlich erkennbarer Weise zu seiner thatsächlichen Verfügung bereit steht; Besitzer ist, wer die Absicht hat, diese Verfügungsmacht für sich auszuüben. Ebenso wird Inhaber eines Rechtes genannt, wer es ausübt, Besitzer des Rechtes, wer es „für sich selbst" ausübt.[1]

Besitz fordert hiernach nicht nothwendig die Absicht, sich wie ein Eigenthümer zu betragen und Niemanden als Besserberechtigten über sich anzuerkennen — den s. g. animus domini.[2] Vielmehr genügt, daß man eine Sache hat, um darüber für sich selbst zu verfügen. Besitzer ist daher auch der Faustpfandgläubiger, der Nießbraucher; nicht minder der Miether und Pächter, welchen das römische Recht bloß Detention zuschrieb.[3]

Besitz müßte folgerecht auch der Dieb und Räuber haben, da er die Sache für sich selbst nimmt. Dies war römisches Recht. Das Landrecht hingegen bestimmt, wer eine Sache in formell ungerechtfertigter Weise durch gewaltsame, betrügliche, heimliche[4] [5] Handlungen erwarb, hat keinen Besitz im rechtlichen Sinne.[6]

Als bloße Inhaber gelten Prekarist[7] und Sequester,[8] abweichend vom römischen Rechte, nach dessen Bestimmungen sie juristischen Besitz hatten.

---

1) Vgl. die gesetzlichen Definitionen in L. R. I, 7 §§ 1—5. Daß Gewahrsam auch vorhanden sein kann ohne eine psychische Betheiligung, also ohne einen auf dieselbe gerichteten Willen des Inhabers, hat Jecklin II bei Gruchot Bd. 32 S. 252 nachgewiesen, vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 3 S. 204. — Der Ausdruck „juristischer Besitz" ist dem Landrecht nicht bekannt. Er dient dazu, um den Besitz im engeren Sinne gegenüber der bloßen Gewahrsam bestimmt zu bezeichnen und ist nicht zu entbehren.

2) Nach der herrschenden Ansicht ist dies die Bedeutung des animus possidendi im römischen Rechte; vgl. hiergegen Dernburg Pand. Bd. 1 § 172.

3) l. 25 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2.

4) L. R. I, 7 § 96 ff. Schon italienische Juristen nahmen an, im Falle einer Dejektion habe der Dejicirte civilis, der Dejicient blos naturalis possessio. Vgl. Bruns in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 48. Nach Heusler Gewere § 20 hat dies deutschrechtlichen Ursprung, vgl. freilich Stobbe d. Pr. R. Bd. 2 § 73 Anm. 2 ff.

5) Die Heimlichkeit bestimmt sich durch die Absicht des Erwerbers, hinter dem Rücken des bisherigen Besitzers zu handeln. Die Besitzergreifung ist nicht heimlich, wenn sie dem bisherigen Besitzer nur in Folge seiner Sorglosigkeit oder der seiner Leute unbekannt blieb. L. R. I, 7 § 98 ff. Vgl. auch unten § 155 Anm. 6.

6) Vgl. unten § 176 Anm. 2 a. E. Das österreichische Gesetzbuch § 345, von ähnlichen Gesichtspunkten ausgehend, nennt einen solchen Besitz einen „unechten".

7) L. R. I, 21 § 231, unten Bd. 2 § 174 Anm. 6. Ueber L. R. I, 7 § 106 vgl. unten § 151 Anm. 2. Ueber den Besitz des Gerichtsvollziehers siehe unten § 154 Anm. 10.

8) Vgl. L. R. I, 14 §§ 105, 124.

Es hat aber selbst der bloße Inhaber Besitzesschutz, was nach römischem Rechte nicht der Fall war.[9]

Der vielumspannende Begriff des Besitzes gliedert sich nach preußischem Rechte folgender Gestalt.

1. Er ist bald vollständiger, bald unvollständiger.[10] Vollständigen Besitz hat, wer eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt, also wie ein Eigenthümer, wenn auch nicht nothwendig als Eigenthümer.[11] Unvollständiger Besitzer ist, wer zwar nicht die Stellung eines Eigenthümers in Anspruch nimmt, die Sache aber für sich innehat und zwar insbesondere behufs Ausübung eines Rechtes. Dem einfachen und klaren Begriffe des unvollständigen Besitzes, zu welchem das römische Recht nicht zu gelangen wußte, ordnen sich vornehmlich folgende Verhältnisse unter: einmal der Besitz des Pfandgläubigers, welchem das römische Recht bekanntlich Sachbesitz zuschreibt, dann der Besitz des Nießbrauchers, dem die Römer nur sogenannte juris possessio zugestanden, endlich der Besitz des Miethers und Pächters, sowie des Entleihers, denen das römische Recht überhaupt keinen Besitz zuerkannte, sondern nur Innehabung für den Eigenthümer.[12]

Neben dem unvollständigen Besitz besteht der vollständige Besitz fort. Denn es ist möglich, daß dieselbe Sache von verschiedenen Personen nach verschiedenen Richtungen hin beherrscht werde.[13]

2. Rechtmäßig ist der Besitz, welcher mit dem Rechte zum Besitz übereinstimmt.[14]

Redlich ist der Besitzer, wenn er sich für berechtigt zum Besitze hielt, sei es mit Grund, sei es in Folge entschuldbaren Irrthums.[15] Der

---

9) L. R. I, 7 § 137. Der Inhaber hat nach diesem § aber auch — in der Regel — die Pflicht, die Sache oder das Recht zum Besten dessen, dem der Besitz gebührt, zu erhalten, solange er das diesem Gebührende nicht zurückstellt oder gerichtlich niederlegt. Bei Striethorst Archiv Bd. 97 S. 88 wird dies angewendet auf unbestellt zugesendete Waaren.

10) L. R. I, 7 §§ 6—10. 169—174.

11) Aeltere Schriftsteller verstanden unter possessio civilis gerade das, was das Landrecht mit dem Ausdrucke vollständiger Besitz bezeichnet. Vgl. Berger oeconomia juris II, tit. 6 I sub II, 4. Nach der jetzt herrschenden, durch Savigny Besitz § 7 begründeten Lehre ist freilich possessio civilis soviel als Usucapionsbesitz.

12) L. R. I, 7 § 6. Auch der redliche Finder ist unvollständiger Besitzer des Fundes, siehe Mandry Archiv f. c. Pr. Bd. 63 S. 1 ff.; vgl. L. R. I, 7 § 9: „der unvollständige Besitzer einer Sache ist vollständiger Besitzer des Rechtes, dessen er sich darüber anmaßt", d. h. welches er ausübt.

13) Es behält also die Ehefrau an ihrem Eingebrachten vollständigen Besitz, ihr Ehemann hat an ihm unvollständigen Besitz, unten Bd. 3 § 30 zu 1.

14) Vgl. L. R. I, 7 § 10, unten Anm. 21.

15) Ist, wer ein Grundstück vom Eigenthümer ohne Auflassung kaufte und tradirt erhielt, redlicher Besitzer desselben? Das Reichsgericht Bd. 2 S. 308 hat dies verneint. Nach den landrechtlichen Bestimmungen müsse zwar der gute Glaube

unredliche Besitz hat nach Landrecht Grade und Abstufungen. Im engsten Sinne nämlich besitzt unredlich, wer sein Nichtrecht kennt. Im weiteren Sinne ist unredlicher Besitzer aber schon, wer sich in Folge thatsächlichen Irrthums aus grobem oder mäßigem Versehen für berechtigt ansieht, insbesondere wer Zweifeln, die er zur Zeit des Besitzerwerbes über die Rechtmäßigkeit des Erwerbes hatte, absichtlich oder durch solche Versehen nicht auf den Grund ging.[16] Dagegen machen bloße erst nach Erwerb des Besitzes aufsteigende Zweifel den redlicher Weise erworbenen Besitz nicht zum unredlichen.[17] Zum unredlichen Besitze in einem noch weiteren Sinne gehört der vom Landrecht sogenannte unrechtfertige Besitz,[18] bei welchem sich der Glaube des Besitzers an sein Recht auf Rechtsirrthum stützt. Endlich wird auch, wie gezeigt, der auf Herausgabe einer Sache Beklagte nach Erhebung der Klage dem Kläger gegenüber in gewissen Beziehungen als unredlicher Besitzer behandelt.[19]

Die Frage der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes des Erben wird wie der eines Sondernachfolgers nur nach seinem Bewußtsein, nicht aber nach dem des Rechtsvorfahren beurtheilt.[20]

---

nicht nothwendig in der Ueberzeugung bestehen, Eigenthümer zu sein, aber der Besitzer dürfe nichts von einem fremden Eigenthume auf die Sache wissen. Dies sei aber bei solchem Erwerber der Fall; derselbe sei also, da er mindestens aus Unkenntniß der Gesetze irrte, unrechtfertiger Besitzer. Mit allem Grund haben sich Rocholl Rechtsfälle des Reichsgerichts 2. Heft S. 163 und Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 109 hiergegen ausgesprochen. Nach gemeinem Rechte ist unzweifelhaft gutgläubiger Besitzer, wer mit Willen des Eigenthümers besitzt, auch wenn er nicht Eigenthümer ist und dies weiß, vgl. l. 5 pr. D. pro derelicto 41, 7. Das L. R. I, 7 § 11 setzt die Unredlichkeit in das Wissen, daß man aus keinem gültigen Titel besitzt. Es ist hiernach der Glaube an den gehörigen Titel des Besitzes für die Redlichkeit maßgebend, nicht aber die Kenntniß des Umstandes, daß der Tradent Eigenthümer blieb. Sollte der Käufer, welchem das gekaufte Grundstück zuerst übergeben, später aufgelassen ward, vor der Auflassung unrechtfertiger und erst nachher redlicher Besitzer werden? Vgl. auch unten § 243 Anm. 4.

16) L. R. I, 7 §§ 13. 15. In diesem Sinne unredlich ist z. B. der Erwerber eines Grundstückes, welcher von der zu Tage liegenden Ungültigkeit des Rechtstitels seines Verkäufers durch Einsicht desselben Kenntniß erlangen konnte, ohne diese jedoch genommen zu haben. Ferner wird der Regel nach als unredlich gelten, wem vor dem Erwerbe eine Mittheilung Seitens des wirklich Berechtigten hinsichtlich des Nichtrechts des Verkäufers zukam, wenn er dieselbe nicht näher beachtete, l. 17 C. de rei vind. 3, 32. Vgl. unten § 184 zu 2.

17) L. R. I, 7 § 16. Vgl. § 17 daselbst, sowie R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 445 und R. G. Bd. 16 S. 219.

18) L. R. I, 7 §§ 12. 14, vgl. R. G. Bd. 18 S. 264. Die Gleichstellung mit dem unredlichen Besitz ist nicht „ausnahmslos", § 14 d. Tit. Bei der dreißigjährigen Verjährung wird, wie sich später ergeben wird, der unrechtfertige Besitz dem unredlichen nicht gleich gehalten.

19) L. R. I, 7 § 222. Siehe oben § 130 bei Anm. 6 und 9.

20) L. R. I, 7 § 40 ff. Natürlich lasten aber auch auf redlichen Erben diejenigen Verpflichtungen, welche durch den unredlichen Besitz des Erblassers bereits erzeugt waren, § 42 a. a. O. Daher z. B. der Erbe, welcher auf Grund seines guten Glaubens eine Sache ersessen hat, welche sein Erblasser unredlicher Weise besaß, wegen der von diesem gezogenen Früchte ersatzpflichtig bleibt.

Für die Redlichkeit des Besitzes streitet die Vermuthung.[21] Es ist hierfür keineswegs erforderlich, daß der Besitzer seinen Titel zum Besitz kenne und anzugeben im Stande sei.[22] Wer jedoch eigenmächtig — also durch Okkupation oder als Finder — den Besitz einer mit Namen, Wappen und ähnlichen zur Bezeichnung des Eigenthümers gewöhnlichen Merkmalen versehenen Sache erwirbt, gilt im Zweifel als unredlicher Besitzer.[23] Auch begründet die Verheimlichung des Besitzes einer gestohlenen oder verlorenen Sache die Vermuthung unredlichen Erwerbes.[24]

II. Erwerb und Verlust des Besitzes.

§ 150. Subjekt und Gegenstand des Besitzes.

1. Fähig des Besitzes sind nur Personen, welche fähig sind, Vermögensrechte zu haben. Wem also das Recht die Vermögensfähigkeit aberkennt, dem kann es auch keinen Besitz zugestehen, welcher, wenn auch zunächst thatsächlicher Natur, dennoch durch seine Wirkungen eine vermögensrechtliche Befugniß ist.[1] Nach preußischem Rechte sind hiernach besitzunfähig Mönche und Nonnen.[2] Es steht aber nichts im Wege, daß sie für Andere Besitz ausüben.

2. Besitz von Rechten wird nicht anerkannt, wo das entsprechende Rechtsverhältniß keine rechtliche Anerkennung genießt.[3] Daher ist z. B. der Besitz von Rechten aus angeblicher Leibeigenschaft oder Gutsunterthänigkeit ohne Wirkung; desgleichen kann Besitz eines dinglichen Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden nicht bestehen, weil das entsprechende Rechtsverhältniß ungültig ist.[4]

Eines besonderen Besitzes ist nur eine solche körperliche Sache fähig, welche für den Verkehr ein selbständiges wirthschaftliches Gut bildet[5] und bestimmt abgegrenzt ist.[6]

---

21) Ja es streitet die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes. L. R. I, 7 § 179, vgl. unten § 156 Anm. 3 ff.

22) Simon Rechtssprüche Bd. 1 S. 435.

23) Vgl. L. R. I, 7 §§ 19 und 20.

24) L. R. I, 15 § 41.

1) Vgl. l. 49 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2. l. 19 D. q. ex c. m. 4, 6. Vgl. oben § 148 Abs. 2 und unten § 156.

2) Oben § 40.

3) Vgl. l. 30 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2. l. 23 § 2 D. eod.

4) Handlungen, welche gegen ein Verbotsgesetz laufen, können keinen Besitz begründen. Daher kann z. B. wer vor der nach der Feldpolizeiordnung zulässigen Zeit Vieh aufgetrieben hat, nicht possessorisch als Servitutbesitzer klagen.

5) Nach römischem Rechte war Besitz an res extra commercium nicht anerkannt, l. 1 § 22. l. 30 § 1 D. h. t. Gegen Förster, welcher hiervon im preußischen Rechte Gebrauch machen will, siehe Eccius bei demselben Bd. 3 § 159 Anm. 1. Nach heutigem Rechte hat der Staat, sowie die Gemeinde Besitz an ihren öffentlichen Sachen; es ist auch Besitz und Besitzesschutz der Gebrauchsrechte Privater an derartigen Objekten nicht ausgeschlossen, soweit sie mit der Bestimmung der Sache als einer öffentlichen verträglich

Der reelle Theil einer einheitlichen beweglichen Sache, welcher solchen Charakter nicht hat, z. B. ein ungetrenntes Stück eines Tisches oder der Rücken eines Pferdes ist nicht besonders besitzbar. Dagegen kann der Bestandtheil einer zusammengesetzten Sache, welcher selbständigen Werth hat, besonders besessen werden.[7] Es bleibt z. B. der besondere Besitz an einem Rade, welches man einem Anderen leiht, damit er es mit seinem Wagen verbindet, auch nach dieser Verbindung bestehen; der Verleiher besitzt nach wie vor das Rad, der Entlehner den Wagen. In gleicher Weise ist Sonderbesitz an ungetrennten Früchten, insbesondere in fremder Erde stehenden Bäumen, sowie an anderen, räumlich begrenzten, mit einem Grundstück verbundenen, davon noch nicht getrennten Sachen möglich. Vorausgesetzt ist, daß dem Erwerber die Verfügung über dieselben, insbesondere ihre Trennung offen steht.[8] Wer also ein Gebäude auf Abbruch kauft, erwirbt den Besitz der Baumaterialien mit der Ueberweisung des Hauses schon vor ihrer Trennung. Mit dem römischen Rechte stimmt dies nicht überein. Nach diesem ist besonderer Besitz an körperlich ungetrennten Theilen einer Sache unmöglich; nach seinen Grundsätzen sind namentlich hängende Früchte und stehende Bäume nicht besonders besitzbar,[9] ebensowenig in ein Grundstück verbaute Materialien. Dem römischen Dogma gegenüber kann sich das preußische Recht schwer die Anerkennung der Theorie erkämpfen; dasselbe beruht aber auf gesunder Rechtsanschauung und entspricht den wirthschaftlichen Verhältnissen.[10]

---

sind. Insbesondere ist der Besitzer einer Grundgerechtigkeit an einem öffentlichen Grundstücke zur Possessorienklage befugt, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 96. Vgl. oben § 67 bei Anm. 13, 14 und unten § 301 Anm. 2.

6) L. R. I, 7 § 46 ff. In das Unbestimmte hinein kann man Grundstücke nicht besitzen, vgl. l. 26 D. de a. v. a. p. 41, 2; fehlt es an einer Begrenzung bei der Ueberweisung im Fall einer Tradition oder bei einer einseitigen Besitznahme, so schafft die thatsächliche Benutzung die Grenze. Randa a. a. O. S. 407.

7) Meischeider Besitz § 43 a. E. Eccius bei Förster Bd. 3 § 160 Anm. 21 gegen Förster. — Vgl. Anm. 11.

8) Insbesondere hat das Obertribunal anerkannt, Präj. n. 1570, Entsch. Bd. 11 S. 201, daß der Besitz stehender Bäume durch symbolische Uebergabe — unten § 152 zu 1 —, namentlich vermittelst Anschlages mit dem Forsthammer selbständig erlangt werden kann. Es stützt sich auf L. R. I, 7 § 189 ff. I, 11 § 582 ff. I, 22 §§ 199. 200 und A. G. O. I, 50 § 491. Was von Bäumen, Pflanzen und Früchten gilt, ist ebenmäßig auf die mit einem Grundstück mechanisch durch Bauten verbundenen Dinge zu beziehen. Der Besitzerwerb durch bloßes constitutum possessorium — unten § 152 zu 3 — in Bezug auf unabgesonderte Theile, insbesondere Früchte, Bäume, wird jedoch aus gutem praktischen Grunde vom Obertribunal nicht anerkannt. Striethorst Archiv Bd. 65 S. 98 ff. Vgl. auch unten Anm. 10.

9) l. 40 D. de act. emti vend. 19, 11.

10) Gegen die in Anm. 8 hervorgehobene Praxis des O. Trib. haben sich unter Anderem erklärt Piners in Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 459, vgl. auch Rohden daselbst Bd. 9 S. 533, ferner Lenz Studien S. 198, Förster Bd. 3 § 160 Anm. 32. — Eccius daselbst findet, „daß in dem Anschlagen sehr wohl ein hier anerkanntes Symbolum für die

An ideellen Theilen einer körperlichen Sache ist nach preußischem, wie nach römischem Rechte Besitz möglich.[11] Ueber den Besitz an Rechten soll später besonders gehandelt werden.[12]

§ 151. Der Erwerb des Besitzes.

Der Besitzerwerb einer Sache fordert, den Willen des Erwerbers zu besitzen, und Besitzergreifung d. h. Herstellung der äußeren Bedingungen, durch welche dieser Wille seine Verwirklichung findet.[1]

1. Der Wille zu besitzen ist unabhängig von dem Glauben, berechtigt zum Besitze zu sein. Dagegen ist erforderlich, daß man die Beherrschung der Sache für sich, also nicht als Vollmachtsträger eines Anderen will, und daß man sich auch nicht bloß zeitweilig die Gefälligkeit und Duldung[2] eines Anderen zu Nutzen machen will. Den Besitzeswillen kann nur fassen, wem das Recht die Fähigkeit zu wollen zuerkennt, daher sind namentlich Geisteskranke und Kinder hierzu nicht im Stande, sie bedürfen vielmehr auch zum Besitzerwerb des Vertreters.[3]

2. In welcher Weise sich der Besitzwille äußerlich zu verwirklichen hat, ergiebt die jedesmalige Sachlage. Von Gewicht sind die Auffassungen des Verkehrs, nach welchen im Einzelfall die Frage zu beantworten ist, ob eine

---

Einräumung des unvollständigen Besitzes an dem Terrain mit dem Recht zur Abholzung zu sehen sei." Sollte es wirklich in der Absicht der Betheiligten liegen, ein Nutzungsrecht am Terrain zu bestellen? Praktisch wird mit der verkünstelten Konstruktion nichts gewonnen. Denn das Recht zur Abholzung ist ein Nutzungsrecht, das nur durch Eintragung gegen Dritte dingliche Kraft erhält, unten § 275 bei Anm. 4. Auf diesem Wege kommt man also nicht zu dem Ziele, welches der Verkehr erstrebt und das Obertribunal im Auge hat, dem Käufer der Bäume mit dem Anschlagen eine dingliche Befugniß zu gewähren.

11) Es steht nichts im Wege, daß Jemand den noch unbestimmten ideellen Theil einer Sache oder eines Rechtes in Besitz nimmt, welcher seinem künftig festzustellenden Rechte entspricht. In solcher Weise besitzen regelmäßig die Miterben gemeinsam. Die römischen Juristen haben freilich solchen Besitz nicht anerkannt, sie fordern bestimmten Besitzwillen auch in dieser Richtung. Wir haben keinen Grund, ihnen im neueren Rechte in einem Satze zu folgen, welcher die Konsequenz in sich trägt: si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum possidere. l. 32 § 2 D. de usurp. 41, 3. Dennoch wollen dies Neuere für praktisches Recht erklären, wenn auch mehr oder weniger mit Vorbehalten. Vgl. Eccius Bd. 1 § 160 Anm. 20. Meischeider S. 218 ff. Randa § 17, auch O.Trib. Bd. 66 S. 11 ff. L. R. I, 7 § 46 ist nicht auf Besitznahme eines ideellen Theils zu beziehen.

12) Unten § 160.

1) L. R. I, 7 § 43, § 50. l. 3 § 1 D. de a. vel a. poss. 41, 2.

2) L. R. I, 7 § 106. In letzterem Falle entsteht weder Besitz noch Innehabung. Mit Unrecht — vgl. Bd. 2 § 174 Abs. 2 — bezeichnet das Marginale zum § 106 den Fall als Prekarium. Vgl. Gruchot Bd. 5 S. 313.

3) L. R. I, 7 § 44. Dagegen sind des Besitzerwerbes durch eigene Handlungen fähig Unmündige, Minderjährige, Verschwender, da sie durch ihre eigenen Handlungen Rechte erwerben können. Vgl. L. R. I, 4 § 21. Ferner oben § 76 bei Anm. 7.

Sache thatsächlich in unsere Gewalt kam oder nicht.[4] Je leichter sich die Sache der Beherrschung entzieht, desto eingreifendere Maßregeln müssen zu ihrer dauernden Unterwerfung getroffen sein; je entfernter solche Gefahr ist, desto weniger Anforderungen sind an die Besitzergreifung zu machen. Insbesondere wird Besitzerwerb eher anzunehmen sein, falls der bisherige Besitzer die Sache tradirt, als wenn es sich um einseitige Aneignung eines bisher herrenlosen Gutes handelt,[5] da in jenem Falle dem Erwerber zu Gute kommen wird, daß die Sache erkennbarerweise menschlicher Herrschaft bereits unterworfen war.

§ 152. Eigentliche und uneigentliche Uebergabe.[1]

Der älteren gemeinrechtlichen Theorie entsprechend unterscheidet das Landrecht eigentliche und uneigentliche Uebergabe. Die ältere Schule faßte nämlich den Thatbestand der zum Besitzerwerb erforderlichen Handlung in derb sinnlicher Weise und erachtete als die einzig normale Weise der Besitzergreifung leibliches Bethätigen der Macht des Besitzerwerbers, wie es sich körperlich im Ergreifen von beweglichen Sachen mit der Hand, im Betreten von Grundstücken mit dem Fuße vollzieht. Da nun gleichwohl die Uebermittelung des Besitzes häufig ohne solche Handlungen geschah, stellte man Fälle dieser Art als „uneigentliche" Uebergabe der „körperlichen" gegenüber. Und zwar unterschied man mehrere Arten einer solchen uneigentlichen Uebergabe, worin das Landrecht gleichfalls der älteren gemeinrechtlichen Lehre folgt.[2]

1. Vor Allem gehört hierzu die symbolische Uebergabe durch „Zeichen", welche die Uebergabe der Sache vorstellen und ersetzen sollen. Solche Zeichen können willkürlich gewählt werden, wenn sie den Willen des

---

4) Savigny — Besitz § 14 — betrachtet als das Wesentliche des Apprehensionsakts die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen. Er legt hierbei ein übertriebenes Gewicht auf die Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung und verlangt namentlich in ungerechtfertigter Weise schlechthin Gegenwart der Sache, welche apprehendirt werden soll. Savigny a. a. O. § 15 ff. Vgl. dagegen Jhering Grund des Besitzesschutzes S. 161 ff. und oben § 148 Anm. 8.

5) Oben § 148 letzter Absatz. — L. R. I, 7 §§ 55, 56 bestimmen: Der Besitz einer Sache, die in Niemandes Besitz sich befindet, kann dadurch ergriffen werden, daß der Besitznehmende die Sache mit solchen Merkmalen bezeichnet, woraus seine Absicht, dieselbe künftig für sich gebrauchen zu wollen, deutlich erhellt; die bloße Bezeichnung aber hilft dem nichts, dem das Vermögen, die Sache selbst in seine Gewalt zu bringen, ermangelt. Diese Vorschriften sind einer Entscheidung bei Leyser spec. 439 med. 9 entnommen hinsichtlich eines Falles, in welchem ein Schiffer einen großen, im Strome treibenden Fisch angehauen und ein Stück Speck nebst zwei Zähnen davon genommen hatte, hingegen ihn im übrigen nicht fortschaffen konnte, worauf ihn Andere im Wasser forttreibend fanden und okkupirten.

1) Vgl. die gründliche und belehrende Schrift von Biermann: traditio ficta 1891; über das a. L. R. S. 349 ff.

2) L. R. I, 7 § 61 ff. Vgl. R. G. Bd. 22 S. 334. Gegen die Theorie der uneigentlichen Tradition ist vorzugsweise aufgetreten Savigny im Besitz § 14. Dies mit dem Erfolge, daß diese Theorie fast verschollen wäre, wenn sie nicht im Landrechte und im österr. bürgerl. G. B. §§ 427. 452 sich erhalten hätte.

Uebertragenden, den Besitz zu erledigen, und die Absicht des Empfängers, denselben zu ergreifen, hinlänglich andeuten. Auch muß die symbolische Uebergabe von der Beschaffenheit sein, daß der wirklichen körperlichen Besitznehmung nichts im Wege stehe. Indem aber solcher Gestalt begleitende Umstände verlangt werden, welche die fragliche Sache auch thatsächlich in die Machtsphäre des Erwerbers rücken, ergiebt sich, daß im Grunde durch die symbolische Uebergabe eine thatsächliche Uebertragung vermittelt wird.[3]

Beispiele symbolischer Uebergabe bilden das Anzeichnen gekaufter Sachen durch den Käufer mit Bewilligung des Verkäufers, wobei indessen vorausgesetzt ist, daß sie frei lagern oder sonst dem Anzeichnenden jeder Zeit zugänglich sind;[4] ferner die Uebergabe der Schlüssel zu dem Verwahrungsorte gekaufter Waaren; nach Umständen auch Aushändigung der Erwerbsurkunden über die zu übertragende Sache, sowie der Schiffspapiere über ein Schiff.[5] Daß die symbolische Uebergabe gerade in Gegenwart oder in der Nähe der fraglichen Sache erfolgen, ist nicht erfordert.[6] Daher überträgt die Uebergabe und Indossirung eines Konossements der Regel nach den Besitz der in demselben bezeichneten schwimmenden Waaren. Gleiche Folge hat die Indossirung der Ladescheine der Frachtführer sowie der Lagerscheine oder der Pfandscheine — Warrants — über Waaren oder andere bewegliche Sachen, die von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt an Ordre oder an den Inhaber ausgestellt sind.[7] [8] Denn es eröffnet die Uebermittelung dieser

---

3) Anderer Ansicht Biermann a. a. O. S. 351.

4) Oben § 150 Anm. 8. Vgl. l. 14 § 1 D. de periculo et commodo 18, 6: videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. Dagegen genügt das Anzeichnen nicht bei Sachen, die in einem dem Käufer unzugänglichen, verschlossenen Behältnisse lagern, wie z. B. Weinfässer in einem fremden Keller. So l. 1 § 2 D. eod. Das Anzeichnen geschieht hier nur zur Feststellung der Identität. Vgl. Kohler das Signiren als Besitzergreifungsakt in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 n. 1.

5) Aehnliches bestimmt bereits die famose l. 1 C. de donat. 8, 54: ... emtionum instrumentis traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intelligis. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 178.

6) Oben § 151 Anm. 4. Papinian nahm l. 74 D. de contr. emt. 18, 1 an, eine Tradition der Waaren durch Uebergabe der Schlüssel zu ihrem Behältnisse finde nur statt „si claves apud horrea traditae sunt." Gajus l. 9 § 6 D. de a. r. d. 41, 2 fordert die „Gegenwart" aber nicht. Jedenfalls sah die deutsche Gewohnheit hiervon ab. Biermann a. a. O. S. 296. Sie zu fordern ist auch nicht folgerecht. Kann der Jäger, äußert Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 207 ff. den Besitz am Wilde erwerben, das sich in seinen Schlingen gefangen hat, der Grundeigenthümer den Besitz an dem Miste, den er auf seinem Acker hat abladen lassen, warum soll nicht auch der Kaufmann, der einen Waarenspeicher gekauft hat, durch Ablieferung der Schlüssel desselben in seiner Wohnung den Besitz desselben erwerben können?

7) Präj. des O. Trib. n. 698. R. O. H. G. Bd. 25 S. 351 ff. weist mit Recht das aus H. G. B. Art. 649 von Einigen versuchte arg. a. contrario zurück, vgl. H. G. B. Art. 302, vgl. R. G. Bd. 5 S. 79, siehe ferner Hecht, die Warrants 1882. Vgl. auch unten § 239 Anm. 5. — Uebergabe einer Faktura genügt nicht, Seuffert Archiv Bd. 17 n. 117.

Papiere gleichsam den Raum des Fahrzeuges oder des Lagers, in welches jene Waaren aufgenommen sind, da der Schiffer wie auch der Depositar oder Pfandnehmer der Waaren nicht für eine bestimmte Person, sondern für die legitimirten Inhaber der Papiere besitzt.

2. Uneigentliche Uebergabe geschieht ferner durch Anweisung, wenn die Person, welche die Sache im Namen des Besitzers inne hat, von diesem angewiesen wird, fortan für den Empfänger zu besitzen. Die Uebergabe ist vollzogen von dem Augenblick an, wo die Anweisung von dem neuen Besitzer angenommen wird.[9] Durch Schriftlichkeit der Anweisung ist diese Besitzübertragung nicht bedingt.[10]

3. Durch bloße Willensäußerung geschieht uneigentliche Uebergabe in folgenden Fällen. Einmal, wenn der Besitzer den Besitz demjenigen überläßt, welcher die Sache für ihn besitzt (s. g. traditio brevi manu), sodann, wenn der Besitzer auf Grund eines Veräußerungsvertrags den Entschluß faßt, fortan für denjenigen zu besitzen, dem er die Sache überlassen will (s. g. constitutum possessorium).[11] Solche Erklärung ist namentlich in der Vertragsbestimmung zu sehen, wonach der Verkäufer die verkaufte Sache von nun an leihweise oder miethweise oder bloß als Nutznießer besitzen zu wollen erklärt.[12]

---

8) Es können aber die Umstände so liegen, daß die Uebertragung des Konossements den Besitz der in ihm bezeichneten Waare nicht verschafft, weil der körperlichen Besitznahme derselben Hindernisse im Wege stehen, vgl. L. R. I, 7 § 64. In solchem Falle vermittelt dieselbe den Uebergang der Klagen zur Erlangung des Besitzes. Vgl. Goldschmidt H. R. Bd. 2 S. 681 ff. H. G. B. Art. 302. 303.

9) L. R. I, 7 §§ 66—68. Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 172. R. O. H. G. Bd. 7 S. 34, Bd. 11 S. 23. R. G. Bd. 22 S. 333. Der Empfänger der Anweisung hat nach der Regel des Verkehrs nicht weniger die Verfügungsmacht wie bei Uebergabe der Schlüssel. Denn der Inhaber hat kein Interesse daran, ob er für den bisherigen Besitzer oder für dessen Nachfolger besitzt, wird sich also regelmäßig fügen. Es ist nicht zu unterstellen, daß der Anweisende widersprechende Anweisungen hinterher giebt oder dem Angewiesenen zuvorkommend, das Gut zurücknimmt. Sollte der Empfänger der Anweisung im Konkursfall des Anweisenden keine Vindikation haben, weil er dem Verwahrer noch keine Mittheilung machte? Anders, wenn der Vertreter nur angewiesen wird, die bezüglichen Sachen zu verabfolgen in dem Sinne, daß der Empfänger erst mit deren Empfangnahme Besitzer werden soll. R. G. Bd. 5 S. 185. Für den Fall widersprechender Anweisungen geht nach L. R. I, 7 § 74 ff. — unten Anm. 15 — vor, wer die Sache körperlich erlangt und als körperliche Uebergabe wird auch angesehen — O. Trib. Bd. 54 S. 62 — wenn dem Inhaber die Anweisung bekannt gemacht ist und er nicht widersprochen hat.

10) Striethorst Archiv Bd. 85 S. 210.

11) L. R. I, 7 §§ 70, 71, vgl. l. 9 § 5 D. de a. r. d. 41, 1 § 44 J. de rer. div. 2, 1. Harburger, constitutum possessorium 1881. Die Gefahr, daß durch constitutum possessorium auf Grund eines simulirten Veräußerungsgeschäfts die Gläubiger des Erklärenden benachtheiligt werden, ist durch die freie Beweiswürdigung des jetzigen Prozesses vermindert. Ausgeschlossen ist dasselbe in den Fällen des § 150 Anm. 8 a. E., vgl. ferner unten § 354 Anm. 2.

12) L. R. I, 7 §§ 72. 73. Nothwendig ist nicht, daß ein besonderes Geschäft geschlossen ist, welches die Innehabung für den Erwerber des Besitzes recht-

Für die Arten der Besitzübertragung *durch Willensäußerung* fordert das Landrecht Schriftlichkeit, falls es sich um Sachen von mehr als 150 Mark handelt.[13] Dies um deswillen, weil sich hier die Uebergabe lediglich durch mündlichen Willensakt vollzieht, während bei der eigentlichen Uebergabe die äußerlich sichtbare Handlung einen Ersatz für die Schriftlichkeit zu geben schien.[14]

Ist dem Einen der Besitz einer Sache *symbolisch* oder *durch Anweisung* übergeben, einem Anderen dieselbe Sache, wenn auch erst später, von demselben Rechtsvorfahr eingehändigt worden, so geht der Letztere vor.[15] Die Rechtfertigung hiefür liegt darin, daß in solchem Falle die symbolische Uebergabe, wie sich hinterher ergiebt, ihren Zweck, dem Erwerber die Verfügung über die Sache zu verschaffen, verfehlt hat. Unter Mehreren, welchen die Sache symbolisch oder durch Anweisung übergeben ist, entscheidet, wenn keiner den Realbesitz erlangt hat, das bessere Recht *zum Besitz*.[16]

§ 153. Die allgemeinen Grundsätze der Uebergabe.

1. Auch wo die im Landrechte ausgezeichneten Fälle der uneigentlichen Uebergabe nicht vorliegen, ist der Besitzerwerb keineswegs schlechthin an eine

---

fertigt. Auch eine *abstrakte Konstituterklärung* — vgl. unten Bd. 2 § 15 — genügt. Vgl. über die Frage und ihre Litteratur Biermann a. a. O. S. 355.

13) L. R. I, 7 §§ 70. 71. Es geht dies aus den Worten: „auf rechtsbeständige Weise", „rechtsgültig" hervor. Anders Förster Bd. 3 § 160 Anm. 72, gegen ihn aber Eccius a. a. O. Der Plenarbeschluß vom 20. November 1854, Präjudiz des O. Trib. n. 2574, Entsch. Bd. 29 S. 1 spricht dies allerdings nur für das constitutum possessorium „beim Kaufvertrag" aus und die Motivirung der Entscheidnng zum Schluß läßt Zweifel über die Tragweite übrig, vgl. Koch zu § 71. Man wird dem Satz aber eine allgemeine Geltung beizulegen haben. Bei *Handelsgeschäften* genügt *mündliche Erklärung*.

14) *Pachtet jemand irrthümlich seine eigene Sache von einem Anderen*, weil er glaubte, diesem gehöre dieselbe, so ist die Frage des Besitzüberganges und des Eigenthumserwerbes streng auseinanderzuhalten. Das Eigenthum kann durch einen solchen Akt auf den Verpächter nicht übergehen, da beim Eigenthümer die Absicht, dasselbe zu übertragen, nicht bestand, und es an einem zum Erwerb des Eigenthums dienlichen Titel fehlt. Dagegen der Besitz ist auf den Verpächter übergegangen, da dieser die Absicht hat, in dieser Eigenschaft zu besitzen und der Pächter diesen Besitz anerkennt und vertritt. Es enthält eine Verwechselung der Besitz- und Rechtsfrage, wenn Koch Kommentar L. R. I, 7 § 73 meint, „wenn die Erklärung des vermeintlichen Pächters nichtig ist, so ist er nicht Inhaber des vermeintlichen Verpächters."

15) L. R. I, 7 § 74. So auch Leyser med. spec. 444 m. 4. — Es ist eine Streitfrage, ob auch derjenige, welchem Besitz durch *constitutum possessorium* übertragen ist, einer Person nachzustehen hat, welcher derselbe Rechtsvorfahr dieselbe Sache später körperlich überträgt. Dies ist richtiger Ansicht nach zu verneinen, da jener Erste in den wirklichen Besitz durch den Stellvertreter gekommen ist, so daß höchstens gefragt werden kann, ob er den Besitz durch die Treulosigkeit seines Stellvertreters wieder verloren hat. So auch R. G. Bd. 1 S. 131. Anders aber Entsch. des O. Trib. Bd. 83 S. 1 ff. und mit beachtenswerthen Gründen Biermann a. a. O. S. 356.

16) L. R. I, 7 §§ 75. 76. Wurden mehrere Exemplare eines Konnossements an Verschiedene ausgegeben, so ist nach H. G. B. Art. 651 derjenige, an welchen die Uebergabe zuerst behufs Legitimation zur Empfangnahme geschehen ist, vorzugsweise legitimirt. Anders Meischeider a. a. O. S. 308.

körperliche Handlung des Erwerbers und an seine Gegenwart bei der Sache, also an eine Uebergabe „aus Hand in Hand“, gebunden.[1] Insbesondere erlangen wir den Besitz von beweglichen Sachen, wie dies bereits die römischen Juristen ausgesprochen haben, wenn sie in unsere Räume gebracht sind. Und dies bezieht sich keineswegs bloß auf verschließbare und umzäunte Räume, Wohnungen, Gehöfte oder Ställe, vielmehr genügt je nach Umständen auch Ablagerung im Freien. So erwerben wir Besitz von Steinen oder Balken, wenn sie auf unserem offenen Steinhauer- oder Zimmerplatz, den Besitz von Drainirungsröhren, wenn sie auf der zu entwässernden Flurwiese abgeladen wurden, ohne daß wir nothwendigerweise bei der Abladung zugegen sein müssen, falls dieselbe nur mit unserm Wissen und Willen erfolgte und uns bekannt geworden ist. Es reicht hin, wenn es Dritten erkennbar ist, daß die fraglichen Sachen uns überlassen sind, damit der so ersichtliche Besitzstand Anerkennung und Schutz in der Gesellschaft und bei der Obrigkeit findet.[3]

Auch bei Grundstücken muß die Besitznahme keineswegs, wie man vielfach verlangt, gerade auf der Sache selbst oder in deren Nähe geschehen.[4] Vielmehr genügt zur Besitzübertragung von Grundstücken die Erklärung des Verkäufers, den Besitz zu übergeben, und des Käufers, denselben zu erwerben,[5] falls der Verkäufer nur nicht im Widerspruche mit

1) Vgl. oben § 148 Anm. 8 und L. R. I, 7 § 61. — Nach L. R. I, 7 § 51 ist zur Besitzergreifung „jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch Andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen.“ Dem entsprechend hatte § 59 des ersten Entwurfs bestimmt, „daß zur Besitzübergabe die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers hinreiche, sofern dieser dadurch in den Stand gesetzt werde, über die Sache zu verfügen.“ Suarez monirte gegen diese Bestimmung, daß die Acceptation des Besitzerwerbers hinzukommen müsse, „weil sonst gar kein Factum der Besitzergreifung vorhanden sein würde.“ Demgemäß konkludirte Carmer, „daß ein Factum von der andern Seite hinzukommen müsse.“ Es wurde deswegen im Gesetz bestimmt, daß die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers nur zur Erledigung des Besitzes genüge, daß aber Besitzergreifung hinzuzukommen habe, unten Anm. 5. Es besteht kein Grund dagegen, wie Suarez that, in der bloßen „Annahme“ der Willenserklärung des andern Theils nach den Umständen des Einzelfalls dies Factum zu sehen. Vgl. jedoch Biermann a. a. O. S. 349.

2) l. 18 § 2 D. de a. vel. a. p. 41, 2.

3) Vgl. l. 51. D. de a. vel. a. p. 41, 2 und oben § 148 letzter Absatz.

4) Die Aussprüche römischer Juristen in l. 3 § 1. D. de a. v. o. p. 41, 2: „sufficit partem fundi introire, sowie l. 18 § 2. D. eod.: si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret“ zeigen allerdings, daß man als nächstliegende Weise des Besitzerwerbes den wirklichen Einzug in das Grundstück oder wenigstens die Uebergabe in dessen Nähe ansah, erweisen aber nicht, daß den Römern diese Vorgänge als schlechthin nothwendig erschienen. Dernburg Pand. Bd. 1 § 178 Anm. 17.

5) Vgl. L. R. I, 7 § 59. „Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vortheil eines Anderen zu erledigen, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen.“ Nach Präj. des Obertribunals n. 528 soll dies nicht ausreichen, vielmehr „noch der Akt der Besitzergreifung hinzukommen müssen.“ Daß aber hierzu die Annahme der Willens-

seiner Erklärung den Besitz dem Käufer gegenüber thatsächlich dennoch fortbehalten hat. Daß Letzteres aber der Fall sei, hat der Verkäufer zu beweisen, da ihm seine Erklärungen entgegenstehen.

2. In welchem Umfange der Besitz einer Sache oder eines Inbegriffs von Sachen erworben ist, wird nicht selten fraglich. Den Ausschlag giebt einerseits die erkennbare Absicht des Erwerbers und andererseits, inwieweit diese Absicht sich äußerlich verwirklicht hat. Was hierzu erforderlich ist, ergiebt die jeweilige Sachlage. Bildete die Sache eine Einheit in der Hand eines Vorbesitzers, so ist im Zweifel die Besitznahme, wenn sie sich auch zunächst nur auf einen Theil der Sache bezieht, als Aneignung des Ganzen anzusehen. Daher gelten Zubehörstücke im Fall einer Uebergabe der Hauptsache als mit ihr in Besitz genommen, es sei denn, daß sie sich im thatsächlichen Besitze eines Dritten befinden, welcher die Besitzergreifung nicht anerkennt.[6] [7] In entsprechender Weise hat, wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, dadurch den Besitz des Ganzen ergriffen, soweit nicht der Besitz eines Dritten im Wege steht.[8] Handelt es sich hingegen um bisher herrenlose Sachen, z. B. eine Insel, so wird eine theilweise Besitzergreifung, z. B. der Bepflanzung gewisser Theilstrecken, nicht zur Erwerbung des Besitzes anderer Theile führen, auch wenn die Absicht des Okkupanten angeblich auf den Besitzerwerb des Ganzen gerichtet war; es mache denn die Art

---

erklärung genügen kann, darüber vgl. oben Anm. 1. In den notariellen Kaufverträgen findet sich häufig die übereinstimmende Erklärung, „daß die Uebergabe beiderseits für geschehen angenommen werde.“ Bei offenen Grundstücken ist damit der Besitz in der Regel übergegangen. Selbst dieser Erklärung bedarf es nicht immer, da sie durch die Auflassung ersetzt werden kann, unten § 242 bei Anm. 5.

6) L. R. I, 7 § 52 bestimmt: „Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, der hat zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen.“ Hiervon wird im § 54 ausgenommen, was im „wirklichen“ Besitze eines Dritten steht. Darunter ist — nach Entsch. des O. Trib. Bd. 23 S. 69 — nur der vollständige Besitz des Dritten, nicht bloß unvollständiger zu verstehen. Hiernach wird also auch der Besitz verpachteter Zubehörstücke durch die Besitzergreifung der Hauptsache erworben.

7) L. R. I, 7 § 77 schreibt vor: „Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, werden mit der Sache zugleich übergeben.“ Gleichwohl ist bestritten, ob mit der Uebergabe eines Grundstückes zugleich der Besitz der an dasselbe geknüpften Grundgerechtigkeiten erworben wird. Dies hat das O. Trib. Entsch. Bd. 42 S. 43. Bd. 82 S. 1 ff. anerkannt, dagegen Entsch. Bd. 72 S. 268 in einem Falle verneint, in welchem es sich um eine unständige Gerechtigkeit — unten § 178 Anm. 11 a. E., Ausschlämmen eines Teiches — handelte, die der Erwerber des angeblich herrschenden Grundstückes noch nicht thatsächlich ausgeübt hatte. Giebt man auch dem letzteren Erkenntniß und dem dort angezogenen Förster Bd. 3 § 162 Anm. 58 zu — vgl. oben § 151 a. E. —, daß eine Rechtsnachfolge in den Besitz an sich nicht stattfindet, so ist doch eine andere Frage, ob nicht schon die Aneignung des Grundstückes genügt, um in dessen gesammten bisherigen Besitzzustand einzutreten? Dies ist zu bejahen. Gegen Förster siehe auch Eccius Bd. 3 § 160 Anm. 42.

8) L. R. I, 7 §§ 53, 54, Gruchot Bd. 5 S. 465. Vgl. auch oben Anm. 6.

der Besitzergreifung einzelner Strecken, z. B. die Lage der Anpflanzungen, die auf das Ganze gerichtete Absicht auch äußerlich erkennbar.[9] Denn in diesem Falle werden die Grenzen erst gezogen, während beim Eintritt in einen schon bestehenden Besitz dessen Grenzen bereits vorhanden sind und im Zweifel als beibehalten gelten.

§ 154. Besitzerwerb durch Stellvertreter.

1. Wie Rechte, so kann man Besitz, unmittelbar durch Stellvertreter erwerben.[1] Erforderlich ist:

a) Besitzergreifung des Stellvertreters in fremdem Namen.

Der Stellvertreter muß die Absicht zu erkennen geben, für einen Andern den Besitz auszuüben.[2] Auf Gedanken und Pläne desselben, welche nicht nach Außen hervortreten, ist keine Rücksicht zu nehmen. Wenn also der bisherige Besitzer dem Beauftragten, z. B. dem Boten, Handlungsbevollmächtigten, Agenten eines Dritten, seine Sache für den Dritten übergeben hat, so wird dieser mit der Uebergabe Besitzer. Die etwaige Absicht des Empfängers, die Sache für sich zu behalten, könnte hieran nichts ändern, wenn sie nicht vor der Uebergabe dem Uebergebenden gegenüber ausgesprochen war.[3] Aber auch dann erwirbt der Beauftragte den Besitz in der Regel seinem Machtgeber unmittelbar, wenn er diesem gegenüber zum unmittelbaren Erwerb verpflichtet war. Es kommt für diesen Fall nicht in Betracht, ob er dem Uebergebenden mitgetheilt hat, für wen er den Besitz erwirbt.[4]

Der Stellvertreter erwirbt in der Regel Besitz und Eigenthum in eigenem Namen, um jedoch die Sache nachher dem Auftraggeber zu übertragen, wenn er das zu Grunde liegende Erwerbsgeschäft in eige-

---

9) Vgl. Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 46 S. 46.

1) L. R. I, § 7 § 45. Vgl. auch oben § 113. Ueber gemeines Recht vgl. die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 180 Citirten.

2) L. R. I, 7 § 2.

3) Dies entspricht allgemeinen Grundsätzen, unten § 155 bei Anm. 8. Ueber die Entscheidungen der römischen Juristen vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 180 Anm. 11.

4) Der Uebergang von Besitz und Eigenthum auf den Vertretenen ist nicht davon abhängig, daß der Stellvertreter dem Uebergebenden gegenüber als in fremdem Namen handelnd auftritt und daß der Uebergebende in gleicher Weise für den Vertretenen übergiebt. Mit Recht spricht sich vielmehr R. G. in Strafsachen Bd. 19 S. 433 — vgl. auch Bd. 20 S. 440 — dahin aus: „Weiß der Uebertragende nicht, ob der Empfänger für sich oder eine andere Person erwerben will, ist ihm dies gleichgültig, so entscheidet über die Person desselben der Wille des Empfängers, auch wenn er dem Uebergebenden nicht kund gethan ist." Daß der Wille, für den Vollmachtgeber zu erwerben, bestand, ist aber anzunehmen, wenn der Vertreter hierzu nach seinen Erklärungen an den Vollmachtgeber verpflichtet war. Die Ansicht, daß eine Erklärung des Stellvertreters, im Namen des Vertretenen zu erwerben, gegenüber dem bisherigen Besitzer erfolgen müsse, hat keine Wurzel in dem Verkehrsleben und öffnet der Untreue Thür und Thor. Sie theilt u. A. Eccius Bd. 3 § 160 Anm. 126.

nem Namen für Rechnung seines Machtgebers abgeschlossen hat und somit in dem eigenen Besitz Deckung für die Ansprüche sucht, welche ihm in Folge dessen gegen seinen Auftraggeber zustehen.[5] [6]

Nur wer willensfähig ist, kann selbständig zu Gunsten eines Anderen Besitz ergreifen. Hat jedoch Jemand ein Kind oder einen Geisteskranken derart abgerichtet, daß sie ihm von Dritten übergebene oder aufgefundene Sachen überbringen, so würde er durch sie erwerben, nicht anders, wie wenn etwas in einen von ihm aufgestellten Briefschalter oder Automaten geworfen wäre.

b) Nothwendig ist ferner der Wille des Vertretenen durch den Stellvertreter Besitz zu erwerben. Dieser Wille kann der Besitzergreifung vorausgehen; er kann besonders, aber auch allgemein erklärt sein. Wer einem Anderen ein Sondervermögen zur Verwaltung oder zur Benutzung überlassen hat, oder sich in einem bestimmten Geschäftskreise durch einen Anderen vertreten läßt, ermächtigt denselben hierdurch, hinsichtlich alles dessen Besitz zu erwerben, was mit dem zugewiesenen Kreise von Thätigkeit zusammenhängt.[8] Daher erwirbt z. B. der Herr den Besitz einer Weidegerechtigkeit, wenn sein Hirt die Heerde regelmäßig auf eine gewisse Weide getrieben hat, auch wenn er hiervon nicht Kenntniß erhielt.[9] [10] Ferner kommen dem Eigenthümer Besitzhandlungen eines Nießbrauchers oder auch eines Pächters zu Gute, welche zu Gunsten der im Nutzgenusse stehenden Sache vorgenommen wurden.[11]

---

5) Siehe oben § 113 zu 2, unten Bd. 2 § 185 Anm. 12 bezüglich der Einkaufskommission, auch in Bezug auf individuell bestimmte Gegenstände.

6) Was das römische Recht angeht, so erklärt unter Anderen l. 59 D. de a. r. d. 41, 1: res ex mandato meo emta, non prius mea fiet, quam si tradiderit, qui emit. In anderen Stellen aber wird unmittelbarer Besitzerwerb durch den Prokurator anerkannt. Schloßmann Besitzerwerb durch Stellvertreter 1881 hält hiernach unmittelbaren Besitzerwerb nur beim römischen Prokurator — dem Factotum des Geschäftsherrn — nicht bei anderen Vertretern für möglich. Die Vereinigung der Stellen ist aber anderswo zu suchen. Nach römischem Recht verpflichtete sich der Vertreter, welcher für einen Dritten einen zweiseitigen Vertrag schloß, der anderen Partei persönlich; dies mußte ihn in der Regel veranlassen, die Gegenleistung behufs seiner Deckung zunächst für sich zu erwerben. Es war das Geschäftsgebrauch. Es wurde daher als Absicht des Vertreters unterstellt zunächst für sich zu erwerben, wenn er persönlich der andern Partei verpflichtet war, gegenfalls erwarb er dem Vertretenen den Besitz unmittelbar.

7) Vgl. l. 1 §§ 10. 11. D. de acq. vel om. poss. 41, 2.

8) Eine Analogie giebt das römische Recht im Pekulienerwerb von Sklaven und Haussöhnen.

9) Vgl. Präj. des Obertribunals n. 2364, ferner Striethorst Archiv Bd. 32 S. 199.

10) Der Gerichtsvollzieher besitzt im Fall der Pfändung für eine Geldforderung wie auch bei Wegnahme der geschuldeten Sache für den Gläubiger als dessen Vertreter. A. Ansicht Eccius Bd. 3 § 157 am Ende; vgl. hierüber unten Bd. 2 § 298 Anm. 28, sowie unten § 155 Anm. 5.

11) Für den Nießbrauch ist dies anerkannt durch L. R. I, 21 § 98: „Dienstbarkeiten und andere Rechte können für die zum Nießbrauch eingeräumte Sache durch den Nieß-

2. Zum Besitzerwerb für handlungsunfähige Personen sind deren gesetzliche Vertreter befugt. Dies gilt auch für Korporationen. Nach einer besonderen Bestimmung des preußischen Rechtes sind aber deren einzelne Mitglieder, obgleich sie als solche die Gemeinheit nicht vertreten, dennoch berechtigt, für die Korporation Besitz zu erwerben.[12] Daher unter Anderem die Benutzung eines Weges als eines Gemeindeweges durch die Gemeindeglieder der Gemeinde den Besitz verschafft.[13]

3. Der Besitz wird dem Vertretenen in dem Umfange erworben, wie sich derselbe bei dem Stellvertreter gestaltet hat.

4. Die Frage der Redlichkeit des Besitzes ist nach den allgemeinen, im Falle einer Bevollmächtigung geltenden Grundsätzen zu beantworten. Demgemäß entscheidet sich die Frage der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes nach der Person dessen, welchem das dem Besitzerwerb zu Grunde liegende Rechtsgeschäft seine konkrete Gestaltung vornehmlich verdankt.[14] [15] Diesem Grundsatz entsprechend ist bei einem Besitzerwerbe für

---

braucher zum Besten des Eigenthümers erworben werden." Dagegen behauptet das Obertribunal — insbesondere bei Striethorst Archiv Bd. 49 S. 359 —, und hiernach Eccius Bd. 3 § 160 Anm. 119, der Pächter eines Grundstückes könne lediglich auf Grund seiner Eigenschaft als Pächter die Verjährung durch Besitz in Ansehung einer Grundgerechtigkeit nicht beginnen; es bedürfe hierzu des Auftrages oder der Genehmigung. Wir meinen, die Analogie des Nießbrauchs müsse auch für das Pachtverhältniß maßgebend sein. Das Gleiche gilt für den Sequester.

12) L. R. I, 7 § 26. Siehe oben § 53 Anm. 10.

13) So auch Striethorst Archiv Bd. 88 S. 341.

14) L. R. I, 7 § 21 erklärt „die Redlichkeit des Dritten, durch welchen Jemand einen Besitz für sich erwirbt, kommt dem unredlichen Erwerber nicht zu Statten" und § 22 fährt fort: „Dagegen schadet aber auch die Unredlichkeit eines solchen Dritten denjenigen nicht, für welchen der Besitz erworben worden." Dies paßt für Fälle, in welchen Jemand das Erwerbsgeschäft, z. B. einen Kauf, persönlich abschloß, den Besitz aber durch einen Dritten erwirbt, welcher ihn vom Verkäufer abholt. Hier kommt es, wie der Gesetzgeber mit Recht bestimmt, nicht darauf an, ob der Dritte, welcher die Sache in Empfang nimmt, für seine Person redlich oder unredlich ist. Daß an solche Fälle gedacht war, dafür kann man sich auf die Worte „dem unredlichen Erwerber" berufen. Der Paragraph paßt dagegen nicht für solche Fälle, in welchen der Vertreter auch das Geschäft geschlossen hat, auf Grund dessen der Besitzerwerb geschah, und ist auf sie nicht zu beziehen. Wenn ein Bankier auf Reisen geht und den Betrieb seines Geschäfts einem Prokuristen überläßt, wenn dieser Prokurist dann, um gute Provision zu verdienen, für das Geschäft Inhaberpapiere erwirbt, von denen er weiß oder doch wissen müßte, daß sie der Verkäufer gestohlen hat, und wenn der Bankier diese Papiere bei seiner Rückkehr vorfindet, ist er dann als redlicher Besitzer zu behandeln, also nach Art. 307 des H. G. B. Eigenthümer jener Inhaberpapiere geworden? Die Verneinung liegt auf der Hand. Sie wird durch L. R. I, 13 § 85 gestützt, vgl. Striethorst Archiv Bd. 83 S. 268, R. O. H. G. Bd. 6 S. 403. Eccius Bd. 3 § 163 Anm. 6 sieht hierin freilich „einen ganz willkürlich von mir aufgestellten Satz, für den bezüglich des preußischen Rechts auch der Schein einer Begründung fehle." Allein aus dem Wesen der Rechtsinstitutionen fließende, grundsätzliche und evidente Rechtswahrheiten gelten auch für das preußische Recht. Es mag bequemer sein, sich an einen einzelnen Paragraphen zu halten, mit dem man invita Minerva hantirt und die Verantwortung auf den Gesetzgeber zu schieben, wenn man so zu Ergebnissen gelangt, welche der Gerechtigkeit und gesunder Vernunft widerstreiten. Den Zwecken des Rechts

einen Handlungsunfähigen nicht dessen Meinung, sondern die seines gesetzlichen Vertreters maßgebend.

Erwerben Korporationen Besitz durch ihre Mitglieder, so bestimmt sich die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes danach, ob die Mehrheit jener Mitglieder bei der Erwerbung des Besitzes redlich oder unredlich zu Werke ging; erwerben sie aber durch eine Mehrheit von Repräsentanten, so wird ihr Besitz nach der Meinung der Mehrzahl dieser Repräsentanten beurtheilt.[16] Gehört nur die Substanz der erworbenen Sache der Gemeinde, während die Nutzungen den einzelnen Mitgliedern anheimfallen, so sind die Sonderrechte und Sonderverbindlichkeiten jedes Mitgliedes nach seiner eigenen Redlichkeit oder Unredlichkeit zu beurtheilen.[17]

§ 155. Verlust des Besitzes.[1]

1. Der Besitz erlischt durch Untergang der thatsächlichen Verfügungsmacht des Besitzes — des corpus possessionis. Hierzu genügt aber nicht das Aufhören unmittelbarer leiblicher Einwirkung auf die Sache, da der Besitz nicht an sie gebunden ist, vielmehr ist eine solche Veränderung der Lage erforderlich, daß der bisherige Besitzer nicht mehr auf die Verfügung über die Sache zählen kann.[2]

In der Regel bedarf es hierzu des Eintrittes einer entgegenwirkenden Begebenheit, welche die bisherige Sachlage umgestaltet.[3] Dieselbe kann eine vom Besitzer ausgehende Handlung oder eine Thätigkeit Dritter oder ein

---

und der Wissenschaft entspricht aber solche Behandlungsweise nicht. Die Formulirung, welche der Text in der jetzigen Auflage erhalten hat, giebt zwar im Wesentlichen die früher von mir vertheidigten Gedanken wieder, schließt sich aber an Mitteis Stellvertretung S. 278 an, der sie schärfer durchführte. Wenn ich früher bloß „Specialvollmacht" und „Generalvollmacht" unterschied, so gab dies allerdings meiner Ansicht keinen genügend genauen Ausdruck. Vgl. oben § 113 bei Anm. 8.

15) Ueber die Redlichkeit und Unredlichkeit bei „gemeinsamem Besitz" vgl. L. R. I, 7 § 24 und § 25. Der letztere giebt freilich Räthsel auf, vgl. Eccius Bd. 3 § 163 Anm. 29.

16) Oben § 53 Anm. 9. Nähere Vorschriften finden sich über dies Verhältniß im L. R. I, 7 §§ 26—32. Nach § 27 wird der redliche Besitz nachträglich unredlich, wenn die Mehrheit der Genossen die Ueberzeugung von dessen Unrechtmäßigkeit gewinnt. Umgekehrt muß also auch der ursprünglich unredliche Besitz durch Aenderung der Ueberzeugung der Mehrheit der Genossen zum redlichen werden.

17) Vgl. L. R. I, 7 § 35 ff., wo dann aber eine Menge anomaler Bestimmungen getroffen sind. Es sollen, wenn die Sache selbst wegen Unredlichkeit der Mehrheit zurückgegeben werden muß, die unredlichen Mitglieder auch wegen der von den redlichen Mitgliedern gezogenen Nutzungen haften, ferner sollen auch die Redlichen im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Unredlichen ihre Bereicherungen durch die Nutzungen herausgeben müssen.

1) L. R. I, 7 § 111 ff.

2) Nach L. R. I, 7 § 113 wird der Besitz so lange für fortgesetzt geachtet als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellt; vgl. oben § 148 Anm. 8.

3) l. 153. D. de R. J. 50, 17: ut . . nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Naturereigniß sein. Beispielsweise erlischt der Besitz an beweglichen Sachen durch Verlieren oder Stehenlassen derselben am dritten Orte, wenn der Versuch des Wiederfindens gescheitert ist und kein Dritter sie für den Verlierer in Gewahrsam genommen hat, ferner durch Auswerfen im Meere oder durch Versinken in den Strom, falls unverzügliche Hebung unthunlich erscheint. An Thieren insbesondere hört der Besitz auf, wenn sie sich verlaufen und keine gegründete Aussicht auf deren Rückkehr oder baldige Wiedereinfangung existirt.[4] Nicht minder verliert man den Besitz, wenn ihn ein Anderer für sich oder seinen Machtgeber ergriffen hat, insbesondere behufs Zwangsvollstreckung eines Erkenntnisses[5] oder in Folge einer Enteignung. Eine wichtige Bestimmung des preußischen Rechtes ist jedoch, wie oben bemerkt wurde, daß fehlerhafte Besitzergreifung durch einen Dritten nur Gewahrsam, nicht Besitz entzieht; dieser also als fortbestehend fingirt wird.[6] [7] Anwendung dieses allgemeinen Satzes ist, daß der Stellvertreter im Besitz sich nicht dadurch zum Besitzer machen kann, daß er ohne den Willen des Vertretenen die Absicht faßt, statt in fremdem Namen, fortan für sich zu besitzen.[8]

Besitzverlust tritt auch in Folge einer längere Zeit hindurch fortgesetzten Vernachlässigung ein, wenn hierdurch die Sache aufhört, zur Verfügung des Besitzers zu stehen.[9]

---

4) Vgl. l. 3 § 13 ff. l. 25 pr. l. 13. pr. l. 15 D. h. t. 41, 2 und oben § 148 bei Anm. 6.

5) Durch die in Vollstreckung eines zur Uebergabe eines Grundstückes verurtheilenden Erkenntnisses bewirkte gerichtliche Uebergabe an die obsiegende Prozeßpartei wird der seitherige Besitz einer bei dem Prozesse nicht betheiligt gewesenen Person an dem Grundstück an sich nicht erledigt. Entsch. des O. Trib. Bd. 69 S. 49. Vgl. oben § 154 Anm. 10.

6) L. R. I, 7 §§ 96. 97. 122, oben § 149 bei Anm. 6. In Folge dessen hat der römische Satz keine Bedeutung, wonach dann, wenn ein Anderer ein Grundstück in Abwesenheit des Besitzers okkupirt, Verlust des Besitzes nicht eher angenommen wird, bis der bisherige Besitzer die Okkupation erfährt und dieselbe entweder duldet oder bei dem Versuche, sie wieder thatsächlich zu beseitigen, scheitert.

7) Eine ähnliche Bestimmung hatte das römische Recht für servi fugitivi, indem man annahm, der Herr behalte seinen Besitz an ihnen, trotzdem sie sich thatsächlich seiner Gewalt entzogen hätten. l. 1 § 14. l. 50 § 1. D. d. a. v. a. p. 41, 2.

8) L. R. I, 7 §§ 69. 125. l. 3 §§ 19. 18. D. de a. vel a. poss. 41, 2.

9) Dies folgt aus dem Begriff des Besitzes vgl. l. 47. D. de a. vel o. p. 41, 2. l. 37 § 1. D. de usurp. 41, 3. Ihering Grund des Besitzesschutzes S. 210. Erlischt der Besitz durch Abwesenheit, Gefangenschaft, Verschollenheit des Besitzers? Zuweilen verneint man die Frage schlechthin. Doch hängt Alles von den gegebenen Verhältnissen ab. Der Besitz erhält sich ohne Frage, so lange ein Vertreter für den Abwesenden im Besitz ist, ferner bei einer bloß zeitweiligen Entfernung und so lange baldige Rückkehr des Besitzers zu erwarten ist. Dagegen kann man keine Fortdauer des Besitzes annehmen, wenn Jemand Jahre lang abwesend oder verschollen ist und sich Niemand um die besessenen Sachen für ihn kümmerte. l. 37 § 1 D. de usurp. et usuc. 41, 3 . . . vel longo tempore abfuerit. Auch Wahnsinn des Besitzers vernichtet den Besitz nicht sofort, l. 27. D. de a. vel a. poss. 41, 2. Daß der Besitz aber hinsichtlich solcher Sachen des Wahnsinnigen fortdauert, von denen der Vormund derselben nichts

Der Besitz erlischt zwar nicht durch Veränderungen und Umgestaltungen der besessenen Sache, wohl aber durch deren Untergang.[10]

2. Der Besitz geht ferner verloren durch die Erklärung des Besitzers, nicht mehr besitzen zu wollen. Vorausgesetzt ist volle Willensfähigkeit des Besitzers.[11] Der Besitz des Willensunfähigen geht durch die Erklärung seines gesetzlichen Vertreters unter, sofern er sich hierbei in den Grenzen seiner gesetzlichen Vollmacht hält.

Man kann seinen Besitz auch bedingterweise aufgeben, insbesondere zu Gunsten eines Dritten.

Streitig ist, ob man den Besitz verliert, wenn man ihn Anderen übertragen will, diese aber in Folge von persönlicher Unfähigkeit zum Erwerbe oder zufolge Irrthums gleichwohl nicht in den Besitz kommen? Gab der Besitzer den Dritten nur die Ermächtigung, sich in den Besitz zu setzen, so behält er den Besitz, welchen er nur unter einer nicht eingetretenen Bedingung aufgeben wollte; er verliert den Besitz hingegen, wenn er die Sache Dritten unmittelbar ausgehändigt hat, welche den Besitz nicht erwerben konnten oder wollten, denn hier war der Besitz bedingungslos aufgegeben.[12]

3. Nach römischem Recht erlischt der Besitz auch durch Tod des Besitzers, so daß es für den Erben einer neuen Besitznahme bedarf. Das Landrecht hat den gleichen Satz nicht ausgesprochen. Gleichwohl wird derselbe von der preußischen Praxis angenommen.[13]

---

weiß und um die er sich lange Zeit hindurch nicht kümmert — Bruns: Bekker's Jahrbuch Bd. 4 S. 40 —, ist nicht richtig.

10) Gegen den Dritten, welcher eine Sache unbefugter Weise zerstörte, kann deren bisheriger Besitzer hiernach nicht im Possessorium, sondern nur petitorisch auf Entschädigung klagen. Der Fall liegt aber nicht vor, wenn ein Dritter ein Gebäude, das in fremdem Besitz steht, abbricht. Mit Recht hat daher das O.Trib. Entsch. Bd. 68 S. 161 ff. in solchem Falle die Besitzklage auf Wiederherstellung zugelassen, da die Niederreißung des Gebäudes sich nur als Störung des Besitzes am Grundstück, nicht als Vernichtung des Gegenstandes des Besitzes, welcher das Grundstück ist, darstellt. Einen Vorbehalt macht das Obertribunal jedoch bezüglich des Miethbesitzes. Vgl. unten § 156 bei Anm. 4.

11) L. R. I, 7 §§ 117. 118. l. 11 D. de a. r. d. 41, 1.

12) Hieraus erklären sich die Entscheidungen der l. 18 § 1. D. h. t. 41, 2 von Celsus und der l. 34 pr. D. eod. von Ulpian, welche man mit Unrecht meist als sich widersprechend ansieht. Vgl. hierüber Dernburg Pand. Bd. 1 § 182 Anm. 10.

13) Ueber römisches Recht siehe l. 23 pr. D. de a. vel. a. p. 41, 2, vgl. l. 30 § 5 D. eod. Die Rechtfertigung des Besitzverlustes in Folge des Todes des Besitzers aus der nur thatsächlichen Natur des Besitzers ist nicht überzeugend; denn der Tod des Besitzers hebt die thatsächliche Zugehörigkeit zum Nachlaß nicht auf. Jedenfalls ist es wenig praktisch, Besitz in einem Falle abzusprechen, in dem sein Schutz besonders Bedürfniß ist. Unserer Ansicht nach handelt es sich um einen römischen Satz, der sich geschichtlich erklärt, dem dann aber eine wenig überzeugende Begründung unterschoben wurde. Deutsche volksthümliche Auffassungen stimmen mit dem römischen Satz nicht überein. Häusler Gewere S. 68. 182. Auch das französische Recht nimmt im Falle der gesetzlichen Erbfolge wie bei einer die gesetzlichen Erben völlig ausschließenden testamentarischen Nach-

4. Der Besitz kann auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung übertragen sein. Er erlischt dann mit Ablauf der Zeit oder Eintritt der Bedingung. Die gleichwohl fortgesetzte Gewahrsam setzt also den Besitz nicht fort.[14]

5. Wird der Besitz durch Stellvertreter ausgeübt, so ist die Endigung gleichwohl grundsätzlich nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen.[15] Daher geht der Besitz unter dadurch, daß der Vertretene den Entschluß faßt, denselben aufzugeben, keineswegs aber dadurch, daß der Stellvertreter eine solche Entschließung erklärt. Damit der Besitzer durch thatsächliche Ereignisse den Besitz verliert, genügt auch nicht, daß sein Stellvertreter nicht mehr auf die Sache einwirken kann, es ist vielmehr erforderlich, daß ihm selbst die Verfügung über die Sache entzogen ist. Man denke, ein Pächter oder Verwalter sei auf die Kunde des Heranbringens eines feindlichen Heeres von dem Gute seines Verpächters oder Dienstherrn geflohen. Offenbar hat dieser damit den Besitz noch nicht verloren. Ebensowenig erlischt der Besitz an sich dadurch, daß der Stellvertreter stirbt, falls die Sache dem Vertretenen zur Verfügung bleibt.

Anders ist es im Falle der nothwendigen Vertretung eines Handlungsunfähigen. Denn der Wille des Vertreters, z. B. des Vormundes oder Vaters, den Besitz aufzugeben, gilt als Wille des Vertretenen.

III. Die Rechtswirkungen des Besitzes.

§ 156. Allgemeines.

Der Besitz, an sich eine thatsächliche Erscheinung, hat gleichwohl rechtliche Wirkungen.

Er ist ein Element für den Eigenthumserwerb durch Uebergabe, durch Okkupation und durch erwerbende Verjährung.[1]

---

folge an, daß der Erbe den Besitz fortsetze: le mort saisit le vif. Das Landrecht, welches über diese Art des Besitzverlustes schweigt, dürfte wohl von der gleichen Anschauung ausgegangen sein, vgl. L. R. I, 7 § 49. I, 9 § 368. Das O. T. aber hat sich durch Plenarbeschluß vom 7. Nov. 1849 Präj. 2161, Entsch. Bd. 18 S. 3 ff. für den römischen Grundsatz erklärt. Ihm huldigt Eccius Bd. 3 § 162 Anm. 56. Für die Vererblichkeit des Besitzes sind Cosack der Besitz des Erben 1877, Preiser Vererblichkeit des Besitzes, Breslauer Inauguraldissert. 1892. Ueber die Vererblichkeit der bereits erworbenen Besitzklage unten § 158 bei Anm. 11.

14) L. R. I, 7 § 131 ff. Dies gilt namentlich vom Miethbesitz. Ein solcher Fall liegt ferner vor, wenn Jemand in den Besitz des Rechtes zur Ausnutzung eines Torfstiches bis zur Befriedigung mit einer Forderung gesetzt wurde und die Befriedigung eingetreten ist: Entsch. des O. Trib. Bd. 44 S. 44. Anders Koch L. R. zum § 131.

15) Das Landrecht behandelt die einschlagenden Fragen nicht besonders. Sie sind daher nach allgemeinen Grundsätzen und gemäß dem Vorbilde des gemeinen Rechtes zu entscheiden. Vgl. über dasselbe Dernburg Pand. Bd. 1 § 183.

1) Im Landrechte selbst wird der Besitz hauptsächlich als „allgemeine Quelle der Sachenrechte" behandelt. Suarez in den Materialien von Simon u. Strampff S. 111.

Der Besitzer wird ferner bis zum Beweise eines entgegenstehenden Rechtszustandes als zum Besitze berechtigt angesehen; er gilt als rechtmäßiger Besitzer.[2] [3] Insbesondere gilt also der vollständige Besitzer als Eigenthümer der von ihm besessenen Sache bis zum Beweise des Gegentheils. Demnach genügt zur Anstellung und Durchführung einer actio negatoria oder confessoria der vollständige Besitz des Grundstückes, dessen Freiheit behauptet oder zu dessen Gunsten eine Grundgerechtigkeit oder eine aus dem Nachbarrecht stammende Befugniß angesprochen wird.[4] [5] Der vollständige Besitzer ist ferner, da er als Eigenthümer gilt, legitimirt, etwaige Schadensansprüche wegen Sachbeschädigung, ferner wegen Enteignung der besessenen Sache zu erheben.[6] Es sind endlich Dritte, welche eine fremde Sache zufälligerweise überkamen, berechtigt und verpflichtet, dieselbe dem letzten Besitzer herauszugeben.[7]

Die eigenthümlichste Rechtswirkung des Besitzes ist der selbständige Besitzesschutz.[8] Wie erklärt sich derselbe, da der Besitz doch nicht Recht, sondern an und für sich nur Thatsache ist, welche als solche scheinbar keinen Rechtsschutz verdient? Die Einen suchen die Erklärung in dem Delikt des Störens, oder geradezu in der Verletzung der Persönlichkeit des Besitzers, welche in der Besitzstörung liegt. Aber die Besitzklagen bilden weder nach römischem noch nach heutigem Recht Deliktsklagen. Der Besitz ist vielmehr auch im Fall bloßer Bestreitung präjudiciell festzustellen. Andere finden den Grund des Besitzschutzes in dem Willen des Besitzers. Doch dem Willen des Besitzers, den Besitz zu behaupten, steht entgegen der Wille seines Gegners, Besitz zu gewinnen. Warum der Wille des Ersteren mehr Berücksichtigung findet,

---

2) Oben § 149 Anm. 21 und bei Anm. 14. Simon Materialien S. 116 „der Besitz ist eine interimistische Legitimation zur Sache, sowie die Verjährung eine vollständige Legitimation zur Sache ist." Materialien S. 201. S. 207. S. 277. S. 283.

3) Diese Vermuthung haben bereits Glossatoren vertheidigt. Gl. in vacuum l. 12 C. de probat. Dicit Placentinus hic: quod eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur et vindicat, si a possessione cadit, quod non placet. Jhering Grund des Besitzesschutzes hat dieselbe bekanntlich in eigenartiger Weise begründet und als römisch rechtlich nachzuweisen versucht. Doch ist ihm dies nicht gelungen, vgl. unten Anm. 10.

4) Unten § 250 bei Anm. 16 und § 277 bei Anm. 4, vgl. auch Präj. 2008, ferner Striethorst Archiv Bd. 95 S. 26. Die Vermuthung der Freiheit des Eigenthums überwiegt die Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Besitzes L. R. I, 7 § 181.

5) So auch die ältere sächsische Praxis, Kind quaest. for. III cap. 45.

6) Bei der Enteignung von Grundstücken ist jedoch in erster Linie das Grundbuch maßgebend, nur wo dies nicht vorhanden ist oder nicht ausreicht, der Eigenthumsbesitz. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 24 ff.

7) L. R. I, 7 § 140, vgl. §§ 167 u. 168.

8) Ueber das gleichfalls hierher gehörige Recht der Selbsthülfe vgl. oben § 122. Kindel bei Gruchot a. a. O., insbesondere Bd. 21 S. 713 bestimmt den Besitz geradezu als das Recht, gegen die Eigenmacht durch Eigenmacht zu behalten. Wir können hierin nur eine der an den Besitz sich knüpfenden Wirkungen, nicht dessen Wesen sehen.

bleibt von diesem Standpunkt aus ein ungelöstes Räthsel. Neuerdings führt man den Besitzesschutz zurück auf die Vermuthung, daß der Besitzer Eigenthümer sei, und sieht in diesem Schutz eine nothwendige Ergänzung des Eigenthumsschutzes, mit anderen Worten, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung.[9] Wäre dies richtig, so müßte der liquide Beweis des Nichteigenthums des Besitzers die Besitzesklage unwirksam machen, was doch keineswegs der Fall ist.[10] Der Besitzesschutz bedarf auch solcher künstlichen Rechtfertigung nicht. Derselbe beruht auf dem Bedürfnisse der menschlichen Gesellschaft ebensosehr, als der Schutz der Rechte. Die Verfolgung der uns gestellten Lebensziele fordert Sicherheit fortdauernder Benutzung der unserer Verfügung bereitstehenden Sachen. Willkürliche, wenn auch nur zeitweise Unterbrechung dieses thatsächlichen Verhältnisses könnte eine unersetzliche Störung unserer Lebensthätigkeit herbeiführen, unter Umständen uns geradezu vernichten. Die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist daher eine der Bedingungen geordneten Zusammenlebens im Staate, so jedoch, daß der thatsächliche Zustand begreiflich immer dem Nachweise des besseren Rechtes weichen muß.[11] [12]

§ 157. Die Besitzesklagen. Geschichtliches.[1]

Die Besitzesklage des preußischen Rechtes ist nichts anderes, als das gemeinrechtliche possessorium summariissimum. Auf seine Geschichte ist daher zu deren Verständniß zurückzugehen, wenn auch nur in kurzen Zügen:

---

9) Den Deliktsstandpunkt vertritt bekanntlich Savigny Recht des Besitzes § 5, während Puchta Rhein. Museum Bd. 3 Nr. 1 den Besitz als Recht der Persönlichkeit auffaßt; vgl. gegen Savigny Ihering a. a. O. S. 7. Windscheid Bd. 1 § 148 Anm. 6 vertheidigt noch die Willenstheorie, die seinerzeit besonders Gans seiner Besitzlehre zu Grunde legte. Ihering a. a. O S. 45 ff. sucht den Besitzesschutz aus dem Interesse des Eigenthümers zu begründen, Eigenthümertheorie. Gegen Ihering scharf Förster Bd. 3 § 157 Anm. 3, für Ihering aber Eccius a. a. O. Anm. 14.

10) So hat z. B. nach römischem Rechte der Ehegatte Besitz und Besitzesschutz an den ihm während der Ehe von seinem Gatten geschenkten Sachen, obgleich er durch eine solche Schenkung Eigenthum mit nichten erhalten konnte, l. 1 § 4 D. de a. vel a. poss. 41, 2. Nach preußischem Rechte ferner kann Eigenthum an einem Grundstück im Fall freiwilliger Veräußerung nur durch Auflassung erworben werden; dennoch hat derjenige, welcher auf Grund eines Veräußerungsvertrages ohne Auflassung Besitz erwarb, die possessorische Klage, und dieselbe kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Beklagte das mangelnde Eigenthum des Klägers sofort liquid stellt.

11) Diese Auffassung stimmt überein mit der von Stahl, Philosophie des Rechtes Bd. 2 Abth. 1 S. 304 ff. 5. Aufl., welche mir durch Ihering a. a. O. S. 42 ff. nicht widerlegt scheint.

12) Die possessorischen Ansprüche sind theils retinendae, theils recuperandae possessionis, eine Unterscheidung, die nach preußischem Recht nicht dadurch beseitigt ist, daß beiden dasselbe Rechtsmittel dient. Ueber ein Rechtsmittel der Erben adipiscendae possessionis siehe unten Bd. 3 § 227.

1) Bruns das possessorium ordinarium in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 1 ff. Bruns Besitzklagen §§ 11. 14. 20—25. Stobbe d. P. R. § 77.

1. Im römischen Rechte bestanden für Grundstücke als Besitzklagen die interdicta unde vi und uti possidetis.[2] Das i. unde vi war ausschließlich besitzwiederherstellend — recuperandae possessionis. Es verschaffte demjenigen, welcher mit Gewalt aus dem Besitz eines Grundstücks verdrängt war, Rückgewähr des Besitzes. Das i. uti possidetis wird als besitzerhaltend — retinendae possessionis — bezeichnet; es sollte also den gegenwärtigen Besitzer gegenüber Störungen und Bedrohungen sicherstellen, unter der Voraussetzung jedoch, daß er nicht selbst von seinem Prozeßgegner vi oder clam oder precario besaß. Hiermit waren aber die Aufgaben des i. uti possidetis nicht erschöpft. Es hatte zweifelsohne auch den Zweck, den wirklichen Besitzer in Streitfällen durch richterliche Anerkennung festzustellen, um so die Parteirollen für den Eigenthumsprozeß zu fixiren. Es hatte ferner nach richtiger Ansicht auch eine rekuperatorische Aufgabe, indem derjenige, welcher entweder vi oder clam oder precario aus dem Besitz kam, sich mit dem i. uti possidetis demjenigen gegenüber den Besitz zurückverschaffte, welcher ihn mit Gewalt, heimlich oder bittweise sich aneignete.

Für den Besitz an beweglichen Sachen bestand das i. utrubi zu Gunsten desjenigen der Streittheile, welcher die relativ längere Zeit im letzten Jahre — nec vi, nec clam, nec precario — vom Gegner besessen hatte. Auch dieses Interdikt wird von den Römern als retinendae possessionis bezeichnet. Es war aber ebenso sehr besitzwiederherstellend wie besitzerhaltend.

Im justinianischen Recht finden sich eingreifende Veränderungen. Das i. utrubi wurde dem i. uti possidetis gleichgestellt. Es war also bezüglich der beweglichen wie der unbeweglichen Sachen der gegenwärtige Besitz, und zwar zur Zeit der Litiskontestation maßgebend. Die rekuperatorische Wirkung der Rechtsmittel blieb daneben bestehen, so daß der mit Gewalt oder heimlich oder in Folge Prekariums des Besitzes Entsetzte dem von ihm fehlerhaft Besitzenden gegenüber obsiegte und Rückgabe des Besitzes erlangte. Auch hiervon abgesehen unterstellte man vielfach, um die Anwendung der i. retinendae possessionis zu ermöglichen, es besitze fort, wer thatsächlich den Besitz verloren hatte. Denn wenn der gegenwärtige Besitzer mit Recht Schutz in Anspruch nimmt, so ist es auch gerechtfertigt, den durch Unbill Verdrängten dem fehlerhaft Besitzenden gegenüber möglichst zu schützen. Hierzu war das rekuperatorische Rechtsmittel unde vi in seiner Beschränkung auf Grundstücke und den Fall der Gewalt allein nicht ausreichend.

2. Die Juristen des Mittelalters verfolgten verwandte Ziele in dem possessorium ordinarium, wie man die Klage aus dem interdictum uti

2) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 171, § 184 ff.

possidetis seit der Zeit der Postglossatoren zu nennen anfing. Zwar sollte das Rechtsmittel grundsätzlich dem gegenwärtigen Besitzer zu Gute kommen. Aber man erachtete den als noch besitzend, welcher frühere Besitzhandlungen darthun konnte.[3] Bald mischte sich ein neues Element ein, da man als Besitzer betrachtete, wer die ältesten rechtmäßigen Besitzhandlungen darthat.[4] Man gab ferner die Klage auch gegen dritte gutgläubige Besitzer. Diese Umgestaltungen wurden gefördert durch deutschrechtliche Anschauungen, welche in dem älteren Besitzer den an der Sache vorzugsweise Berechtigten erblickten.[5]

In Folge dieses Herganges verlor das possessorium ordinarium trotz seiner geschichtlichen Ausgangspunkte nach und nach seine possessorische Natur und wurde ein petitorisches Rechtsmittel, welches sich auf das bessere Recht zum Besitz stützte. Diese Verschiebung haben die der Praxis nahestehenden Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts wohl erkannt, indem sie das Rechtsmittel nach seinem gegenwärtigen Wesen, nicht nach seinen geschichtlichen Wurzeln beurtheilten.[6]

3. Je mehr das possessorium ordinarium sich auf das bessere Recht zum Besitz stützte, wodurch natürlich der zu beurtheilende Prozeßstoff wachsen mußte, desto nothwendiger schien es, bis zu dessen Austrag Vorsorge hinsichtlich der thatsächlichen Besitzverhältnisse zu treffen. Zu diesem Zwecke bildete sich das Summariissimum.[7] Dasselbe war ursprünglich gegeben, um drohenden Streit und Thätlichkeiten zu beseitigen. Bald aber diente es, abgesehen hiervon, dazu, eine einstweilige Regelung des Besitzstandes herzustellen, insbesondere den jüngsten Besitz zu schützen.

4. Auf diesen Grundlagen ruht das preußische Recht. Dasselbe hat nämlich einmal das Possessorium ordinarium in seiner jüngsten gemeinrechtlichen Gestaltung übernommen. Es gab ihm also petitorische Natur,[8] so daß es in der Lehre vom Besitz nicht zu behandeln ist.[9] Zum Andern hat das preußische Recht das Possessorium summariissimum anerkannt und zwar als einzige Besitzesklage. Dasselbe ist, worin das preußische Recht gleichfalls dem Vorbilde

---

3) Vgl. Roffredus bei Bruns a. a. O. S. 58.

4) Nach cap. 9 — licet causam — X. de probat. 2, 19.

5) Dies sucht namentlich nachzuweisen Delbrück in seinem Werke: Die dingliche Klage des deutschen Rechtes 1857, vgl. auch Ziebarth Realexekution S. 257.

6) Z. B. Leyser med. spec. 499, med. 5, 7 findet, daß das possessorium ordinarium non in praesente sed in antiquiore possessione se fundat und etiam ad possessionem noviter adquirendam tendit. Hiergegen trat vom historischen Standpunkte aus Savigny auf, ohne doch die gemeinrechtliche Praxis umbilden zu können. Vgl. freilich auch Bruns Besitz S. 89 ff. Besitzklagen S. 216.

7) Bruns Besitz §§ 28. 33, ferner S. 397. S. 403.

8) A. G. O. I, 5 § 27.

9) Siehe unten § 249.

älterer Schriftsteller folgt,[10] ebensogut bestimmt zur Wiederherstellung des entzogenen jüngsten Besitzes, wie zur Sicherung desselben gegen Störungen, so daß es die Aufgaben des interdictum retinendae und des i. recuperandae possessionis vereinigt.

§ 158. Das Possessorium summariissimum im Einzelnen.[1]

Selbständigen Besitzesschutz gewährte, wie bemerkt, die fridericianische Gesetzgebung nur mittels des possessorium summariissimum. Dies hatte eine doppelte Bedeutung, eine materiellrechtliche und eine prozessualische. Eine materiellrechtliche in dem Sinne, daß nur ein besonders gearteter Besitz, nämlich der „ruhige, jüngste", auf selbständigen Besitzesschutz Anspruch machen konnte, eine prozessualische insofern, als dieser Besitzesschutz nur in den Formen des possessorium summariissimum gewährt wurde. Das Verfahren war summarisch; denn nur unmittelbar liquid zu stellende Beweise waren zulässig,[2] Appellation war ausgeschlossen,[3] Nichtigkeitsbeschwerden aber, und bei Gegenständen von 50 Thaler und weniger Rekurs ließ man zu.[4]

Die R.C.P.O. erwähnt das Possessorium summariissimum nicht. Als besondere Prozeßart ist es in Folge dessen beseitigt.[5] Sind hiermit aber auch die materiellen Grundsätze des preußischen Rechtes bezüglich der Frage aufgehoben, welche Art des Besitzes Besitzschutz beanspruchen kann? Dies ist zu verneinen.[6] Selbständigen Besitzesschutz hat auch heute nur der Besitz,

---

10) Bruns Besitz S. 403.

1) L. R. I, 7 § 146 ff. A. G. O. I, Tit. 31.

2) A. G. O. I, 31 §§ 9 ff. 12. 13.

3) A. G. O. I, 31 § 18. Im siebzehnten Jahrhundert verwarf die gemeinrechtliche Theorie die Appellation, im achtzehnten wurde sie theilweise zugelassen, jedoch ohne Suspensiveffekt. Bruns Besitz S. 406.

4) Instruktion vom 7. April 1839 Ziff. 21 II. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 21. November 1845, Entsch. Bd. 12 S. 135. Reskript vom 5. März 1842.

5) Die R. C. P. O. trifft nur wenige besondere Bestimmungen bezüglich der Besitzklagen. Dahin gehört, daß für Besitzklagen über Grundstücke das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig ist, R. C. P. O. § 25. Von großer Wichtigkeit ist, daß nach R. C. P. O. § 232 die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, nicht in einer Klage verbunden werden können; vgl. oben § 125 Anm. 4. — Ueber die Schätzung des Besitzes siehe R. C. P. O. § 6.

6) Nachdem die besondere Prozeßform des possessorium summariissimum beseitigt war, entstand die Frage, ob dasselbe als einstweilige Verfügung — oben § 147 — behufs Regelung eines einstweiligen Zustandes zu behandeln, oder in den Formen des ordentlichen Prozesses auszutragen sei. Das erste war in unseren früheren Auflagen angenommen. Doch die Praxis theilt diese Auffassung nicht. Nach ihr stehen vielmehr folgende Rechtsbehelfe zu Gebote: a) Wer Besitz beansprucht, kann zuvörderst eine einstweilige gerichtliche Verfügung nachsuchen. Denn der streitige Besitz gehört zu den Rechtsverhältnissen, bei welchen zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhütung drohender Gewalt oder anderer Gefahren, vgl. R. C. P. O. § 814, eine Regelung durch einstweilige Verfügung statthaft ist. Vgl. R. G. Bd. 4 S. 399. Bei dieser Regelung soll der Richter, wie Eccius Bd. 3 § 162 Anm. 110 meint, nicht den jüngsten ruhigen Besitz als solchen berücksichtigen, sondern sich danach richten, wie sich am besten die zu

welcher sich nach der allgemeinen Gerichtsordnung zur Geltendmachung im Summariissimum eignete. Denn durch die Civilprozeßordnung war die Beseitigung der besonderen Prozeßform, nicht ein Eingriff in die Besitzlehre als solche beabsichtigt. Nach seiner materiellrechtlichen Seite besteht also das summariissimum auch unter der Herrschaft der R. C. P. O. fort.[7]

I. Voraussetzung des Obsiegens ist demnach:

1. Ruhiger, jüngster Besitz unmittelbar vor erfolgter Störung oder Entsetzung.[8] Hierbei kommt nicht bloß Besitz in Betracht, sei es unvollständiger oder vollständiger; auch bloße Innehabung genügt gegenüber Dritten, wenn auch nicht gegen den Besitzer, so daß selbst der Dieb die Klage anstellen kann.[9] Störung und Entsetzung des Pächters oder sonstigen unvollständigen Besitzers berechtigt auch den Verpächter oder sonstigen vollständigen Besitzer zur Klage, insofern er hierdurch gleichfalls in seiner Besitzesstellung verletzt wird. Auch kann der Besitzer gegen einen Inhaber oder gegen einen unvollständigen Besitzer, welcher seine Besitzessphäre überschreitet, possessorisch klagen. Der Mitbesitzer zu ideellen Theilen ferner ist befugt, seinen Mitbesitz gegen die Mitbesitzer wie gegen Dritte possessorisch geltend zu machen.[10] Die einmal erworbene Besitzklage geht auf die Erben des entsetzten Besitzers über, ungeachtet der Annahme, daß sich der Besitz nicht vererbt.[11]

---

besorgenden Nachtheile abwenden lassen. b) Wer hierbei unterlag, kann die Besitzklage anstellen, wodurch er gestützt auf den jüngsten ruhigen Besitz sich die Sache zu verschaffen sucht. In diesem neuen Verfahren, welches in den Formen des ordentlichen Prozesses verhandelt wird und durch die Instanzen getrieben werden kann, darf nach R. C. P. O. § 232 Abs. 2 das Recht zum Besitz nicht berücksichtigt werden. c) Der hier Unterliegende ist schließlich befugt, sein Recht zum Besitz durch neue Klage geltend zu machen. Beklagenswerthe Weitläufigkeit! Vgl. Pflüger Besitzklagen S. 371.

7) Eccius Bd. 3 § 162 Anm. 27 geht grundsätzlich viel weiter, indem er alle an die Prozeßform geknüpften Schranken des materiellen Rechtes als durch die R.C.P.O. beseitigt ansieht. Trotzdem hält er daran fest, daß — in Gemäßheit von L. R. I, 7 § 154 — zur Begründung der Besitzklage gehört, daß der Kläger unmittelbar vor der erfolgten Störung oder Entsetzung wirklich in ruhigem Besitz war. Gerade das aber bildet die hervorragendste Eigenthümlichkeit des Summariissimums. Dagegen sieht Eccius von einer anderen materiellen Eigenthümlichkeit des Summariissimums, nämlich der Nothwendigkeit, „neuerlich" nach der Störung oder Entsetzung zu klagen — unten zu 3 —, ab.

8) L. R. I, 7 § 154.

9) Doch ist das Letztere bestritten. Für diese Ansicht u. A. Koch Besitz S. 34 ff. Dagegen Simon und Strampff Materialien S. 618. Ueber A. G. O. I, 31 § 14 siehe unten Anm. 14. — Thatsächliche Vortheile, die sich nicht als Ausflüsse eines Rechtes darstellen, haben keinen Besitzesschutz, z. B. der Vortheil, daß das Nachbargrundstück nicht bebaut ist. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 150. l. 26 D. de damno infecto 39, 2.

10) Auch über den Umfang ihres Besitzes — nicht ihres Rechtes — können sie possessorisch gegen einander streiten. Der status quo, z. B. das Bewohnen des gemeinsamen Hauses durch einen Miteigenthümer ist also, sofern es sich nicht bloß um Prekaristisches handelte, zu schützen, bis das Rechtsverhältniß festgestellt ist.

11) Siehe oben § 155 Anm. 13.

Wenngleich ruhiger Besitz unmittelbar vor der Störung oder Entsetzung Voraussetzung des Sieges ist, so ist es nicht schlechthin zu dessen Beweise nothwendig, Besitzeshandlungen, welche der Störung unmittelbar zeitlich vorausgingen, darzuthun. Vielmehr genügt der Nachweis früher vorgekommener Besitzeshandlungen, vorausgesetzt, daß von der Gegenseite keine späteren Unterlassungen, welche auf die Aufgabe des Besitzes Seitens des Klägers schließen lassen, oder spätere Unterbrechungen seines Besitzstandes nachgewiesen werden, sofern nach allgemeinen Denk- und Erfahrungssätzen anzunehmen ist, daß der frühere Besitz noch in der Zeit fortdauerte, als die widerstreitenden Handlungen geschahen, gegen welche sich die Klage richtet.[12]

Der Beklagte kann sich, wie nach römischem Rechte, dem Kläger gegenüber durch den Einwand vertheidigen, daß dieser von ihm selbst fehlerhaft besitze, das heißt, daß Kläger sich gewaltsam, heimlich, betrüglich oder auch bittweise von ihm den Besitz verschafft habe.[13]

2. Das Gesetz setzt voraus, daß der Beklagte dem Kläger den Besitz durch Gewalt oder heimlich, durch List oder bittweise entnommen oder daß er ihn solcher Gestalt zur Ungebühr in seinem Besitze gestört habe.[14]

Gleichwohl ist die Klage bei jeder unbefugten[15][16] Entsetzung und Störung des Besitzes zuzulassen, mag deren Form gewesen sein, welche sie wolle. Selbst im Falle bloßer Drohungen,[17] ja nur mündlicher Anfechtung

---

12) Plenarbeschluß des O. Trib. vom 6. November 1848, Präjudiz n. 2063, Entsch. Bd. 17 S. 3. Der Grundsatz olim possessor, hodie possessor ist also nicht als eine bindende Rechtsvermuthung aufgenommen, wohl aber macht er sich als thatsächliche Vermuthung je nach Umständen geltend. Gemeinrechtlich wurde über die Präsumtion seit der Zeit der Glossatoren gestritten. Glossa constituti zu l. 15 C. de probationibus.

13) A. G. O. I, 31 § 14 hebt nicht besonders hervor, daß die Einrede daran gebunden sei, daß der Kläger vom Beklagten fehlerhaft besitze. Gleichwohl ist dies der Sache nach und gemäß dem Vorbilde des römischen Rechtes anzunehmen. Gemeinrechtlich hat man wohl gestritten, ob die exceptio vitiosae possessionis dem summariissimum gegenüber überhaupt Platz greife; insbesondere verneint dies Berger oeconomia juris II, 6 thes. 3 n. 4. Muß sie liquid sein, um im Besitzprozeß zulässig zu sein? Nach A. G. O. I, 31 §§ 12, 13 ja!

14) L. R. I, 7 §§ 146—150.

15) Befugte Besitzstörung oder Besitzentsetzung, bei welcher die Besitzklage unzulässig ist, liegt unter Anderem vor, wenn die Behörde in polizeilichem Interesse handelte oder einem Unternehmer die Ermächtigung zu Vorbereitungshandlungen für eine Enteignung gegeben hat, sowie wenn die Enteignungserklärung dem Enteigneten zugestellt wird, Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §§ 5. 32; es ist ferner der Gerichtsvollzieher dem Schuldner gegenüber zu Besitzentsetzungen befugt, wie auch der Vermiether zur Rückhaltung der eingebrachten Sachen des Miethers berechtigt sein kann. Eigenmächtige Besitzentsetzung steht natürlich nicht Jedem zu, der ein besseres Recht zum Besitz hat, da er vielmehr petitorisch klagen muß.

16) Die Klage ist auch begründet, wenn der Beklagte die Störung — z. B. Anbringen eines Schildes vor einem Fenster — selbst wieder beseitigt hat, sofern die Gefahr einer Erneuerung der Störung nicht beseitigt ist.

17) Anders freilich Obertribunal im Präjudiz n. 1252. Jedoch beschränkt dies das Obertribunal selbst wesentlich in Entsch. Bd. 32 S. 33. Unserer Ansicht Koch zu L. R. I, 7

des Besitzes ist sie nicht zu verweigern, da eine Möglichkeit gegeben sein muß, das zwischen zwei Personen streitige, wenn auch thatsächlich noch nicht gestörte Besitzverhältniß richterlich festzustellen und gegen künftige Antastung zu schützen.[18] Hiernach bedarf es nicht nothwendig positiver gegen den Besitz gerichteter Handlungen, um die Klage zu erzeugen, vielmehr kann eine Störung auch in Zulassung störender Zustände, z. B. des Herüberwachsens von Zweigen oder des Herabfallens von Steinen in den Raum des Klägers liegen. Es ist auch nicht eine subjektive Schuld des Beklagten zur Voraussetzung der Besitzklage zu machen. Denn nicht um Schadensersatz, sondern um Besitzstandsregulirung handelt es sich.[19]

---

zu § 150. Der richtigen Ansicht nach kann auch in Erwirkung einer richterlichen Strafandrohung für den Fall der Ausübung eines Rechtes, ja in einem Verbot, durch welches man dem Besitzer Besitzhandlungen untersagt, eine Störung liegen. Dies hat das Obertribunal, welches sich mehrfach hiergegen erklärte, später, Entsch. Bd. 35 S. 21, im Wesentlichen anerkannt.

18) Vgl. Jhering Grund des Besitzesschutzes S. 93. Ob die Störung real sein müsse, was allerdings den nächstliegenden Fall und den Ausgangspunkt des Rechtsmittels bildete, oder ob verbale genüge, wohin die Natur der Sache drängte, darüber war auch gemeinrechtlich Streit. Bruns Besitz S. 404. Eccius Bd. 3 § 162 Anm. 46 verweist statt dessen auf die Feststellungsklage, die aber zu einer Strafandrohung gegen künftige Störung nicht führen kann. Vgl. oben § 127 Anm. 17.

19) A. G. O. I, 31 § 18. — Nie habe ich bezweifelt — dies ging stets aus meinen Ausführungen deutlich hervor —, daß das L. R. nur den Fall schuldhaften Verhaltens des Beklagten in das Auge faßt und dies in den Worten „Ungebühr, Gewalt, List, bittweise, heimlich" seinen Ausdruck findet. Es frägt sich aber, ob es gestattet ist, darüber hinaus zu gehen und die Besitzklage auch dann zu gewähren, wenn der Beklagte „unbefugt", aber ohne daß ihm „subjektiv" eine Schuld zur Last fällt, den Besitz des Klägers verletzt hat. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, daß Rechte — und solche giebt der Besitz — gegen Verletzung zu schützen sind, mag der Beklagte in Schuld sein oder ein „unbefangenes" Unrecht begangen haben. Es ist dringendes praktisches Bedürfniß dies anzunehmen. Eccius Bd. 3 § 163 Anm. 32 tritt dem entgegen. Er bemerkt „Dernburg leugnet die Nothwendigkeit einer schuldhaften Handlung. Er findet also in den Worten, Ungebühr, Gewalt, List, bittweise, heimlich, nichts was ein schuldhaftes Benehmen in sich schließt. Auch im Zulassen eines störenden Zustandes kann eine Schuld liegen, was Dernburg freilich undenkbar ist." Das Letztere ist ganz aus der Luft gegriffen; die Ironie aber, welche in der Widerlegung liegen soll, richtet sich selbst. Eine andere Methode, als Worte des Gesetzes zu deuten oder zu mißdeuten, besteht hiernach für diesen Schriftsteller nicht und liegt außerhalb seines Horizontes. Da in der Praxis die Anforderung einer Schuld des Besitzstörers als unerträglich erschien, so suchte sich das Obertribunal, in Striethorst Archiv Bd. 81 S. 253, durch eine höchst willkürliche Vermuthung der Schuld zu helfen. „Nur wenn der Beklagte einwendet und durch besondere Umstände nachzuweisen sucht, daß die äußerlich als Turbation erscheinende Handlung ihrer Richtung und ihrem Wesen nach keine solche sei, dem Turbanten also die Absicht gefehlt habe, den Besitz des Gegners sich anzueignen, zu beschränken oder zu beunruhigen, hat der Richter diese Umstände zu prüfen." Das nimmt Eccius auf. „Denjenigen, der versehentlich einmal gefehlt hat, mit der Besitzklage zu verfolgen, wie Dernburg will, liegt kein Grund vor. Wer dagegen belehrt an dem Eingriff festhält, ist gewiß in Schuld." Von wem belehrt? Kann man nicht trotz Belehrung von der andern Seite sehr wohl sich in gutem Glauben für den Besitzer halten? Und wo ist denn hier die „gesetzliche Unterlage" für die Vermuthung einer Schuld? Stimmt sie mit L. R. I, 6 § 24 „daß Jemand durch die Schuld eines Andern beschädigt worden, wird nicht vermuthet?" Das R. G. hat geschwankt. Auch bei Gruchot Bd. 32 S. 885

Der Zweck der Klage bedingt weiter, daß der Beklagte in der Lage sein muß, den Besitz zu gewähren,[20] und daß, soweit Schutz gegen Störungen verlangt wird, es sich um Störungen handelt, deren Fortsetzung von seiner Seite zu befürchten ist oder die er wenigstens verhindern kann.[21] Störungen im Besitze, die offenbar nur vorübergehende sind, können demnach zwar eine Schadensersatzklage, nicht aber eine Klage auf Besitzregelung begründen. Hiernach beantwortet sich auch die Frage, inwieweit die Besitzesklage gegen denjenigen gerichtet werden kann, welcher den Besitzer in fremdem Auftrage entsetzte oder störte. War Jemandem bloß die einzelne Handlung aufgetragen, so kann eine Besitzesklage ihm gegenüber nicht Platz greifen, wenn er selbst auf Schadensersatz belangt werden kann; hat er hingegen eine allgemeinere Vollmacht, ist er z. B. Verwalter eines Gutes, oder Generalbevollmächtigter, und also in der Lage, die Störung fortzusetzen, so besteht kein Grund, dafür die Besitzesklage gegen ihn zu verweigern.[22] Gegen den Auftraggeber ist sie stets zuständig.

3. Nach der Bestimmung der A. G. O. I, 31 § 1 findet das Summariissimum außerdem nur statt, wenn der Kläger seines Besitzes „neuerlich" entsetzt worden ist. Die herrschende Meinung legt dies so aus, daß dasselbe nur wegen solcher Besitzstörungen und Entsetzungen zulässig sein soll, welche innerhalb einer kurzen, und zwar in jedem Falle nach den Umständen zu bestimmenden Zeitfrist, von Anstellung der Klage zurückgerechnet,

---

nimmt es keine entschiedene Stellung. Der Fall aber ist belehrend. „Ein mit den Verhältnissen unbekannter interimistischer Todtengräber hatte ein Grab geöffnet, die Leichen der Berechtigten daraus entfernt und einen fremden Todten dort bestattet." Das R. G. führt aus, daß in diesem Falle auch nach der Ansicht von Eccius die Besitzstörungsklage zulässig sei. Der Beklagte habe keine „Umstände" angegeben, aus denen sich ergebe, daß ihm die Absicht gefehlt habe, den Besitz des Gegners zu beunruhigen. Er habe die sich äußerlich als Besitzstörungsklage darstellende Handlung nicht entschuldigt." Wo lag denn im Falle des Todtengräbers die Gewalt, List, Heimlichkeit, da er anerkanntermaßen die Verhältnisse des Grabes nicht kannte! und was nutzte die spätere „Belehrung" über dieselben, da er doch den beigesetzten Todten, solange ein Urtheilsspruch in dieser Richtung nicht erging, nicht ohne weiteres wieder wegtragen durfte. Die „Vermuthung der Schuld" ist ein willkürlicher Nothbehelf, der nicht einmal ausreicht. Der gerade Weg ist auch hier der beste.

20) Das O. Trib. Bd. 70 S. 324 ff. ließ die Besitzklage auch zu, wenn derjenige, welcher die Besitzentziehung vorgenommen hat, zur Zeit der Klageanstellung thatsächlich sich nicht mehr in der Lage befindet, über die entzogene Sache zu verfügen und den Besitz dem Kläger wieder einzuräumen. Es kann dann aber das Erkenntniß nur einen präjudiziellen Charakter haben, indem es anerkennt, daß Kläger ruhigen Besitz gehabt hat; ein unmittelbar praktisches Ziel verfolgt sie nicht.

21) Die Besitzklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß Beklagter die Besitzstörung vor der Klageerhebung beseitigt hat, wenn die Gefahr der Erneuerung der Störung besteht, z. B. Beklagter hat das Schild vor dem Fenster des Klägers, wodurch dieser gestört wurde, wieder entfernt. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 425.

22) Jedoch will im weiteren Umfange die Klage ausschließen Plenarbeschluß vom 2. April 1849, Präjudiz n. 2160, Entsch. Bd. 18 S. 11, ebenso Eccius Bd. 3 § 162 Anm. 63.

vorgefallen sind.[23] Es ist dies eine materiellrechtliche Voraussetzung der Klage, welche darum von Amtswegen zu beachten ist, keine Prozeßvorschrift.[24]

II. Sind alle diese Voraussetzungen vorhanden, so ist Kläger wieder in den früheren Zustand zu setzen.[25] Störende Veränderungen sind zu beseitigen; gegen weitere störende Handlungen des Beklagten wird Kläger durch gerichtliches Verbot und die sich hieran schließende Strafandrohung für den Fall erneuerter Störung geschützt.[26] Zur Sicherstellung wegen künftiger Beunruhigung kann der Störer angehalten werden, wenn er dem richterlichen Befehle schon einmal entgegenhandelte, oder voraussichtlich nicht im Stande ist, dem Gestörten für etwaigen durch weitere Störungen entstandenen Schaden sofort aufzukommen.[27]

Ergiebt sich hingegen, daß der Beklagte jüngster ruhiger Besitzer ist, so hat die Urtheilsformel nicht die Klage einfach abzuweisen, sondern den Besitz des Beklagten anzuerkennen. Der Besitzesprozeß ist also ein judicium duplex.

Ist endlich der letzte ruhige Besitzstand zweifelhaft, so hängt die Ordnung der Sache von richterlichem Ermessen ab. Je nach den Umständen ist entweder einem der Streittheile der Besitz zu überweisen oder die Sache in gerichtliche Verwahrung zu nehmen.[28]

Das Erkenntniß im Besitzprozesse begründet nur ein Interimistikum. Wenn daher derjenige, welcher in dem Possessorium summariissimum unterlegen ist, hinterher aus seinem bessern Rechte zum Besitze geklagt und in erster Instanz gesiegt hat, so wird er, wenn der Richter eine Aenderung des Besitzstandes für nöthig hält, schon auf Grund dieses im Petitorium ergangenen erstinstanzlichen Urtheils in den Besitz gesetzt.[29]

---

23) Plenarbeschluß vom 2. März 1847, Präj. n. 1851, Entsch. Bd. 14 S. 159. Andere wollen nach Analogie der A. G. O. I, 44 § 45 eine sechsmonatliche Frist als maßgebend ansehen.

24) Eccius Bd. 3 § 162 Anm. 27 hält die Verjährung von A. G. O. I, 31 § 1 mit Aufhebung der besonderen Form des Besitzprozesses durch die R. C. P. O. für beseitigt, obgleich sie mit der Prozeßform nichts zu thun hat, vgl. oben Anm. 7.

25) Der Umfang des Besitzes, dessen Wiederherstellung verlangt wird, muß der Art bezeichnet sein, daß ein Urtheil hierüber möglich ist. Striethorst Archiv B. 97 S. 114.

26) Vgl. hierüber L. R. I, 7 §§ 146 und 151 und R. C. P. O. § 775.

27) L. R. I, 7 §§ 152, 153. R. C. P. O. § 775 a. E.

28) L. R. I, 7 § 155 ff. Hiernach soll der Richter zunächst auf die Grundsätze über Kollision der Rechte Rücksicht nehmen, namentlich aber beachten, ob dem einen Theile aus der Ueberlassung des Besitzes an den Anderen kein Schaden erwachsen wird, ferner darauf sehen, welche von den Parteien der anderen für den Fall, daß sich deren Recht auf den Besitz künftig herausstellt, für den aus der Vorenthaltung des Besitzes entstehenden Schaden am besten gerecht werden kann.

29) Vgl. A. G. O. I, 31 § 18. Wird der petitorische Streit rechtskräftig entschieden, ehe der possessorische zu Ende geführt ist, so ist der letztere damit erledigt: petitorium absorbet possessorium.

§ 159. Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung des Besitzstandes.

Die römischen Klagen aus dem interdictum unde vi und dem interdictum uti possidetis hatten nicht bloß Wiederherstellung des aufgehobenen und gestörten Besitzes, sondern auch Schadensersatzansprüche wegen der Turbation des Besitzers zum Gegenstande. Das Possessorium summariissimum hingegen als rein possessorisches Rechtsmittel schließt die Frage des Schadensersatzes aus. Jedoch sind um deswillen solche Ansprüche nicht etwa klaglos; sie sind vielmehr nur in einem besonderen Verfahren geltend zu machen.[1]

Die Grundlage dieser Schadensklage ist die Verschuldung des Beklagten, welche in der Verletzung des fremden Besitzstandes liegt. Einmalige und vorübergehende Störungen genügen hier. Belangbar ist auch, wer in fremdem Auftrage den Besitzer entsetzte oder störte.[2] Die Klage geht ferner auch gegen denjenigen, welcher den Kläger aus dem Besitze gesetzt, diesen Besitz aber nicht mehr inne hat, so daß er mit der ächt possessorischen Klage nicht belangt werden kann. Kenntniß des fremden Besitzes, Zurechnungsfähigkeit des Verletzers wird gefordert. Dagegen ist die Klage unabhängig vom Rechte des Klägers zum Besitz.

Zweifel kann die Berechnung der Höhe des Schadens erregen. Im Falle der bloßen Störung ist die Minderung des Vermögens des Besitzers durch den entgangenen Gebrauch in Anschlag zu bringen. Im Falle der Entsetzung wird der Entsetzte den vollen Sachwerth für den Fall der Nichtherausgabe beanspruchen können, weil er nach Vermuthung des Landrechts als rechtmäßiger Besitzer gilt. Wird diese Vermuthung durch den Gegenbeweis des Nichtrechts des Besitzers entkräftet, so ist das Interesse, das er bei der Erhaltung seines Besitzes gehabt hätte, nach der besonderen Lage der Verhältnisse zu schätzen.[3] [4]

IV. Besitz der Rechte.

§ 160. Umfang des Rechtsbesitzes.[1]

Nur im Fall der Beherrschung von körperlichen Sachen nahmen die Römer Besitz an und zwar so, daß sie ursprünglich bloß Sachbesitz anerkannten, später aber die Ausübung von Servitutenrechten an körperlichen

---

1) A. G. O. I, 31 § 17. R. G. Bd. 28 S. 269. Die possessorische Schadensersatzklage leugnen die Erkenntnisse bei Gruchot Bd. 5 S. 455, Bd. 9 S. 242 ff. Desgleichen Eccius Bd. 3 § 162 Anm. 82.

2) Vgl. aber auch oben § 119 Anm. 8 Satz 7.

3) Vgl. l. 3 § 10 D. uti possidetis 43, 17. Siehe übrigens Bruns Besitzklagen § 17, Randa Besitz § 55.

4) Die einjährige Verjährung der l. 1 pr. D. u. p. 43, 17 bezog sich im justinianischen Rechte auf die Schadensansprüche; nach preußischem Recht tritt die Verjährung in drei Jahren ein, L. R. I, 6 § 54.

1) Baron bei Gruchot Bd. 5 S. 79 ff. Korte bei Gruchot Bd. 5 S. 101 ff. Glossen von Gruchot Bd. 5 S. 291.

Sachen als Rechtsbesitz behandelten.[2] Das kanonische Recht hat diese Beschränkung des Besitzes nicht festgehalten. Es kennt Besitz von kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten über Territorien und Gemeinden, ferner von kirchlichen Aemtern und Würden, von Beneficien und Pfründen, von Zehnten und anderen Reallasten.[3] Denn die ununterbrochene Ordnung in der Verwaltung der kirchlichen Aemter und der fortlaufende Zufluß der herkömmlichen Mittel zur Erhaltung der Kirche und ihrer Diener erschien als unabweisliches Bedürfniß, welches nur dadurch befriedigt werden konnte, daß der thatsächliche Zustand zunächst ohne Rücksicht auf den Rechtspunkt gesichert wurde. Auch entsprach dies deutschen Rechtsanschauungen, welche eine Gewere an Rechten, insbesondere an solchen öffentlicher Natur, wie Vogtei und Gerichtsbarkeit, an Zehntberechtigungen, Renten, Zolleinkünften u. s. w. anerkannten.[4] Dem folgte die Praxis des gemeinen Rechtes, den neueren Verhältnissen entsprechend, da auf die mannigfachen und an Wichtigkeit dem Eigenthum an körperlichen Sachen nicht nachstehenden öffentlichen und privaten Berechtigungen die Lebensexistenz zahlreicher Personen gegründet ist, welcher auch nicht vorübergehend Abbruch gethan werden darf.

Demgemäß nahm auch das Landrecht Besitz der Rechte überall da an, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, aus denen eine fortgesetzte Reihe von gleichartigen Ansprüchen entspringt, so daß von dauernder Ausübung des Rechts geredet werden kann.[5] Indessen hat die spätere preußische Praxis, zum Theil unter dem Einflusse der romanistischen Reaktion gegen die dem römischen Rechte fremde Ausdehnung des Besitzes stehend, zum Theil, weil nicht bei allen derartigen Rechten ein Bedürfniß zur Anerkennung eines Besitzes vorliegt, den Besitz der Rechte nur in beschränkterem Maße verwirklicht.

Insbesondere läßt man, was die Familienrechte betrifft, einen Besitzstand des ehelichen Verhältnisses nicht zu, da die Lehre des kanonischen Rechtes, welches dasselbe als Gegenstand des Besitzes ansah, in den heutigen Anschauungen keinen Boden hat; eher dürfte von einem Besitze der väterlichen Gewalt oder des elterlichen Rechtes die Rede sein.

Auch findet sich Besitz nur bei bestimmten Arten von öffentlichrechtlichen Verhältnissen; er wird erwähnt beim Adel, dem Patronatrechte, Regalien, der Steuerfreiheit.[6]

---

2) Dernburg Pand. Bd. 1 § 190.
3) Vgl. Bruns Besitz im Mittelalter § 24 und die dort angeführten Stellen.
4) Vgl. Stobbe d. P. R. Bd. 2 § 72.
5) L. R. I, 7 § 78.
6) L. R. II, 11 § 576. II, 14 §§ 26. 80, vgl. auch L. R. II, 11 §§ 861. 863. I, 23 § 3.

Hauptsächlich kommt der Rechtsbesitz für Vermögensrechte in Frage.[7] Hier ist der Besitz an den affirmativen Rechten, namentlich an Forderungen auf eine Leistung, ein streitiger Punkt. Grundsätzlich erkennt das preußische Recht allerdings nicht nur Besitz von solchen Forderungen, welche auf Grundstücken ruhen, sondern auch von Kapitalforderungen anderer Art an, falls sich aus denselben regelmäßig wiederkehrende Ansprüche, z. B. auf Zinsen entwickeln.[8] Dennoch hat sich die Praxis dahin entschieden, daß ein Schutz des Besitzes von affirmativen Rechten durch die possessorische Klage nicht schlechthin und allgemein stattfinde, sondern nur in bestimmten einzelnen Fällen.[9] [10]

Die Lehre der Rechtsbesitzes und seines Schutzes richtet sich im Wesentlichen nach Analogie des Sachbesitzes. Nur von Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes ist besonders zu handeln.

§ 161. Erwerb des Rechtsbesitzes.[1]

Wie zum Erwerb des Besitzes der Sache, so ist auch zum Besitze des Rechtes erforderlich die Absicht, dasselbe für sich, und zwar als Recht, zu besitzen, und die Verwirklichung dieser Absicht.[2] [3] Diese Verwirk-

---

7) So giebt es Besitz und Schutz des Besitzes wegen des Gebrauches einer Firma, wegen des Rechtes eines Gesellschafters auf Einsicht der Gesellschaftsbücher u. s. f.

8) Vgl. L. R. I, 7 §§ 192. 232.

9) Präjudiz des Obertribunals n. 1428, Entsch. Bd. 10 S. 97, vgl. auch Bd. 24 S. 396. Der Grund freilich, den das Obertribunal anführt, ist unzureichend. Es soll nämlich der Unterlassung der gewohnten Leistung „der Charakter der Gewalt und Eigenmächtigkeit“ fehlen, welcher für die Anstellung des possessorium nothwendig sei. Nimmt man indessen einmal Besitz bei affirmativen Rechten an, so ist die Eigenmächtigkeit im Falle einer Unterlassung der Leistung kaum in Frage zu stellen, und daß ein Possessorium nicht bloß im Falle einer Störung oder Entsetzung durch wirkliche Gewalt zulässig ist, erscheint ohnedem als zweifellos. Doch wir haben es hier mit einem bloßen Scheingrunde zu thun; in Wahrheit hält man ein Possessorium bei Obligationsverhältnissen für kein Bedürfniß und sucht es auszuschließen. Eccius Bd. 3 § 159 Anm. 32 behauptet, „daß der landrechtliche Ausdruck des affirmativen Rechtes eine dauernde sachliche Unterlage fordert, welche bei der Obligation fehlt.“ Dies ist ohne jede gesetzliche Unterlage; aus L. R. I, 7 § 126 ist nichts derartiges zu entnehmen.

10) Die Besitzklage wird dem Patron auch für die im Patronatrechte inbegriffenen affirmativen Rechte zugestanden, Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 384. Sie ist ferner zulässig bei allen objektiv dinglichen Rechten affirmativer Natur, insbesondere bei bäuerlichen Abgaben und Diensten, L. R. II, 7 §§ 487. 463 ff. A. G. O. I, 41 § 58.

1) L. R. I, 7 § 77 ff.

2) Diese Absicht, ein Recht für sich zu besitzen, nicht bloß Gefälligkeiten eines Anderen sich zu Nutze zu machen, ist nicht Gegenstand besonderen Beweises. Es kommt vielmehr nur darauf an, solche Handlungen darzulegen, welche vermöge ihrer Beschaffenheit an sich auf die Absicht des Rechtsbesitzes schließen lassen. Vgl. Präj. des O. Trib. n. 215, Gruchot Bd. 5 S. 298, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 946, Bd. 32 S. 928.

3) Kann man den Besitz einer Grundgerechtigkeit dadurch erwerben, daß man Besitzhandlungen, welche nur den Besitz einer Grundgerechtigkeit, z. B. eines Weiderechtes, begründen konnten, in der Meinung, Eigenthum zu erwerben, vornahm? oder hindert solcher Zwiespalt jeglichen Besitzerwerb, da die Absicht nicht ver-

lichung ist verschieden bei den affirmativen, den negativen und den Untersagungsrechten.[4]

1. Besitz eines affirmativen Rechtes wird erworben dadurch, daß sich Jemand zu einer Leistung an einen Anderen versteht, in der Meinung, dadurch einer ihm obliegenden Verpflichtung Genüge zu leisten, welche auch in Zukunft gleiche oder verwandte, ständige oder gelegentlich wiederkehrende Leistungen erzeugt.[5][6]

Zur Begründung des Besitzes einer Reallast insbesondere ist erforderlich, daß die Leistung in der Meinung geschehen sei, einer Reallastpflicht Genüge zu leisten. Ferner aber muß der die Abgabe Entrichtende befugt sein, das Grundstück zu belasten, also dessen Eigenthümer sein oder doch mit dessen Zustimmung handeln. Jedoch bestimmt das Landrecht, daß der Zustimmung des Eigenthümers gleichsteht, wenn die Leistung durch einen Pächter des Grundstückes geschah und entweder dem Eigenthümer bekannt wurde ohne daß er widersprach oder ihm nur durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen unbekannt blieb.[7]

---

wirklicht, der wirkliche Thatbestand aber so nicht gewollt ist? Für den Besitzerwerb in solchem Falle hat sich zutreffend der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 3. März 1862 erklärt Entsch. Bd. 47 S. 15 ff., Präj. n. 2721; ebenso R. G. Bd. 4 S. 135, vgl. Bd. 16 S. 217, siehe auch unten § 298. Denn zum Besitzerwerb ist nur erforderlich, daß der Handelnde für sich Besitz eines Rechtes ausüben will und dies seinem stofflichen Inhalt nach ausgeübt hat; es ist nicht nothwendig, daß ihm auch die besondere Natur des Rechtes, welches er ausübt, zum Bewußtsein kommt. Anderer Ansicht u. A. Gruchot Bd. 8 S. 46 und Förster Bd. 3 § 187 Anm. 42, den aber Eccius a. a. O. bekämpft.

4) Ueber die Bedeutung dieser Eintheilung ist oben § 39 gehandelt.

5) L. R. I, 7 § 80 bestimmt weit enger: „wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet, der setzt denselben in den Besitz des Rechtes, die Wiederholung dieser Handlung von ihm zu fordern." Indessen so handgreiflicher Weise gestalten sich die Dinge nur selten — Gruchot Beiträge Bd. 5 S. 294; Bd. 18 S. 144. Es genügt der Natur der Sache nach, daß eine Leistung in der Meinung, einer fortdauernden Pflicht gerecht zu werden, einerseits angeboten und andererseits angenommen wurde. Besonders „gefordert" muß sie nicht sein. Der Beweis, daß sie „als fortdauernde Schuldigkeit" geleistet wurde, kann nicht bloß durch ausdrückliche Erklärungen geführt werden. Es kann dies auch aus den Umständen erhellen. Und zwar ist schon einmalige Leistung zum Besitzerwerb hinreichend. Wirklicher Leistung steht aber begreiflich gleich Aufrechnung gegen eine Gegenschuld, ja selbst Erlaß der Leistung, wenn dieselbe angeboten war. Eine bloße Anerkennung der Verpflichtung im Allgemeinen, sowie bloßes Versprechen der Leistung und dessen Annahme dürfte hingegen nicht genügen, um einen Besitz herzustellen, da eine Verwirklichung des Rechtes nothwendig ist. — Der Besitz wird erworben vom Tage der Entrichtung der Leistung an, nicht etwa mit Beginn desjenigen Jahres, für welches die Leistung erfolgte. Präj. des O. Trib. n. 2093.

6) Leistet ein Dritter anstatt eines angeblichen Schuldners ohne dessen Auftrag oder Genehmigung, so kann der Besitz des Rechtes diesem gegenüber nicht erworben werden. Deshalb wird durch Leistungen einzelner Mitglieder einer Gemeinde der Besitz eines Forderungsrechtes gegenüber der Gemeinde nicht erlangt. L. R. I, 7 § 90. Dagegen genügt die Handlung der Vertreter der Gemeinde auch bei stillschweigender Genehmigung der Gemeindeglieder. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 78.

7) Vgl. L. R. I, 7 §§ 104. 105. 107.

2. Besitz eines negativen Rechtes, z. B. einer Weggerechtigkeit, wird durch eine entsprechende Handlung des Besitzerwerbers erlangt, vorausgesetzt, daß kein Widerspruch Seitens dessen erfolgt, der in Folge jenes Rechtsbesitzes etwas dulden oder unterlassen soll, der Widerspruch des solchergestalt Belasteten ist aber nur dann wirksam, wenn er auf frischer That oder unmittelbar nach der Kenntnißnahme von jener Handlung eingelegt wird.[8]

Wurde das Recht längere Zeit ausgeübt und erfährt der Belastete dies erst hinterher, so könnte ein nunmehr erst erfolgender Widerspruch desselben die Thatsache, daß der andere Theil im Besitze ist, folgerecht an sich nicht beseitigen. Das preußische Recht fordert jedoch für die Regel Wissenschaft des Belasteten, damit der Besitz eines negativen Rechtes beginne.[9] [10]

3. Der Besitz eines Untersagungsrechtes endlich wird erworben durch eine Untersagung,[11] welcher sich der andere Theil, sei es thatsächlich, sei es durch eine wörtliche Erklärung unterwirft.

---

8) L. R. I, 7 § 81 ff. Der Seitens eines Dritten, welcher als Geschäftsführer auftritt, unmittelbar gegen die Handlung eingelegte Widerspruch genügt, richtiger Ansicht nach, selbst wenn er nicht genehmigt wurde, und zwar deshalb, weil er ruhigen Besitz des negativen Rechtes nicht aufkommen läßt. Widerspricht daher ein Miteigenthümer der in Anspruch genommenen Sache der Ausübung einer Gerechtigkeit an derselben, z. B. eines Nießbrauches, so wird es sich je nach dem Umfange, den er seinem Widerspruche zu geben beabsichtigte, fragen, ob der Besitz gar nicht oder bloß zu seinem ideellen Theile nicht erworben ist. Vgl. übrigens L. R. I, 7 § 88. Der Besitz des Rechtes, etwas zu thun, wird hiernach gegen eine Gemeinde nur dann erworben, wenn keines ihrer Mitglieder der Ausübung wiedersprochen hat, L. R. I, 7 §§ 93. 94.

9) Die ältere gemeinrechtliche Lehre glaubte die scientia und patientia des Belasteten nicht entbehren zu können, um den Besitz als erworben anzusehen. Davon geht auch das Landrecht aus I, 7 § 81, daher Entsch. Bd. 18 S. 190. Die Wissenschaft des Belasteten muß sich bei subjektiv dinglichen Rechten auch darauf erstrecken, daß der andere Theil die fraglichen Handlungen als Rechte des angeblich herrschenden Grundstücks ausübte, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 955. — Für den Beweis genügt es regelmäßig, daß man öffentliche und erkennbare Besitzhandlungen darthut. Dann hat der andere Theil seine Nichtkenntniß zu beweisen. Vgl. Gruchot Bd. 5 S. 296 ff., Bd. 8 S. 50, Entsch. des O. Trib. Bd. 58 S. 40. Striethorst Archiv Bd. 87 S. 159. Auch wird man das Dulden des Pächters oder des Verwalters eines Gutes jedenfalls für genügend ansehen dürfen, da hiermit der Vorwurf der Heimlichkeit der Besitzhandlung abgeschnitten ist. Vgl. Simon Materialien S. 619. Dagegen freilich Koch Besitz S. 226 ff. L. R. I, 7 § 104 ist für den Besitz negativer Rechte nicht maßgebend. Vgl. über das Erforderniß der Kenntniß Schultzenstein bei Gruchot Bd. 18 S. 768 ff. Unentschieden R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1167.

10) L. R. I, 7 § 82 verlangt zum Besitzerwerb eines negativen Rechtes die Meinung des Handelnden, daß ihm ein derartiges Recht zustehe. Es wäre dies richtiger gefaßt, wenn nur von der Absicht, ein derartiges Recht auszuüben, gesprochen wäre. Ein besonderer Nachweis nach dieser Richtung ist übrigens nicht zu führen. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 111; vgl. auch Koch zu § 82 und oben Anm. 2.

11) Die Untersagung kann auch eine thätliche sein. Sie liegt z. B. im Verschließen eines Brunnens, welches das Wasserschöpfen Seitens des Gegentheiles unmöglich macht.

4. Der Besitz eines subjektiv dinglichen Rechtes gilt als mit Uebergabe der Sache übertragen, welcher es zukommt.[12]

§ 162. Verlust des Rechtsbesitzes.

1. Der Besitz eines Rechtes geht durch unterlassene fernere Ausübung desselben in der Regel nicht verloren.[1] Das Gesetz fordert vielmehr für die Regel auch hier Unterbrechung des bisherigen Zustandes.

Demnach erlischt der Besitz eines affirmativen Rechtes, wenn der Beanspruchte fernere Erfüllung verweigert und der bisherige Besitzer sich hierbei beruhigt.[2] Der Besitz eines negativen Rechtes hört auf, wenn der bisher die Ausübung Duldende sich derselben thatsächlich oder wörtlich widersetzt und der Besitzer sich dies gefallen läßt.[3] Endlich wird der Besitz eines Untersagungsrechtes dadurch verloren, daß der andere Theil sich durch entgegengesetztes Handeln in den Besitz des gegenüberstehenden negativen Rechtes gesetzt hat.[4]

2. Ist die Ausübung des Rechtes lange Zeit unterblieben, so kann auch hier von fernerem Besitz keine Rede mehr sein.[5]

L. R. I, 7 § 87 bestimmt ferner: ist ein Untersagungsrecht Jemandem durch ausdrückliche Willenserklärung eingeräumt worden, so wird derselbe von dem Augenblicke an, wo diese Willenserklärung ihre Rechtsgültigkeit erlangt hat, in dem Besitze des Rechts zu sein geachtet. Man muß dabei freilich hinzudenken, daß der Einräumende nicht in jenem Augenblicke thatsächlich dem Untersagungsrechte entgegenhandelte.

12) L. R. I, 7 § 77. Der Erwerber der Sache wird also Besitzer des Rechtes, auch ohne es ausgeübt zu haben. Siehe oben § 153 Anm. 7.

1) L. R. I, 7 § 130. Vgl. oben § 155 bei Anm. 3.

2) L. R. I, 7 § 126. Duncker Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 2 S. 78 bekämpft die Ansicht, welche außer Verweigerung der Leistung auch fordert, daß sich der Gegner hierbei beruhige, weil bereits durch das Verweigern der Leistung das thatsächliche Verhältniß des Besitzes zerstört werde. Dies ist in der That nicht zu bestreiten. Vgl. oben § 161. Anders aber das L. R.

3) So ist L. R. I, 7 § 127 aufzufassen, wenn er den Besitz des negativen Rechtes durch den Erwerb „des Besitzes des entgegengesetzten Untersagungsrechtes" unterbrechen läßt. Insbesondere geht der Besitz auch verloren, wenn der Beanspruchte ein Strafmandat erwirkt — Str. Pr. O. §§ 447, 453 — und der Besitzer des negativen Rechtes, z. B. einer Fahrgerechtigkeit, dasselbe rechtskräftig werden läßt. Striethorst Archiv Bd. 85 S. 110.

4) L. R. I, 7 § 128. 81.

5) Eccius Bd. 3 § 161 sieht hierin einen aus den Gesetzen nicht zu begründenden Satz, dem er widerspricht. Aber der Satz ergiebt sich daraus, daß zum Besitz eine thatsächliche Grundlage gehört, von der man ihn nicht schlechthin loslösen darf, wenn man nicht zu widersinnigen Ergebnissen kommen will. Wer vor 29 Jahren in einem Forst eine Quantität Holz unter der Behauptung, hierzu berechtigt zu sein, ohne Widerspruch des damaligen Besitzers schlug (wofür dieser Zeugniß ablegt), dies seitdem nicht wiederholte, jetzt aber nach 29 Jahren wieder versucht und daran von dem zeitigen Besitzer des Forstes gehindert wird, kann nicht mit der Behauptung durchdringen, „im jüngsten ruhigen Besitze" der Holzgerechtigkeit geblieben und neuerlich — oben § 158 zu 3 — „zur Ungebühr" aus demselben gesetzt zu sein. Denn da L. R. I, 7 § 130 nur bestimmt, daß „in der Regel" Besitz nicht durch Unter-

3. Natürlich erlischt der Rechtsbesitz auch, wenn der Besitzer nicht mehr besitzen will, sowie dann, wenn die Sache, an welcher der Besitz bestand, untergeht oder dauernd in eine Verfassung geräth, welcher seine Ausübung verhindert.

---

lassung der ferneren Ausübung verloren geht, so wird jeder nicht ganz verbohrte Richter finden, daß bei solcher Sachlage nicht anzuwenden ist, was in der Regel allerdings Platz greift. — Uebrigens erlischt das Recht trotz der angeblichen Fortdauer des Besitzes durch Nichtgebrauch in Gemäßheit von L. R. I, 9 § 543—546. — Zu seiner Ersitzung ist nach L. R. I, 9 § 596 ff. jährliche Ausübung erforderlich.

Zweites Kapitel.

Die Verjährung.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ 163. Geschichtliche Einleitung.[1]

Thatsächliche Zustände haben, soweit sie Besitz begründen, zwar Anspruch auf Schutz, doch müssen sie dem nachgewiesenen Rechte weichen. Bestehen sie aber längere Zeit hindurch, so wird schließlich das bisherige Recht durch Verjährung überwunden. Wie alle menschlischen Einrichtungen, müssen sich also auch die Rechte ihren Bestand dadurch immer aufs neue sichern, daß sie sich im Leben bethätigen. Was längstens eine Generation hindurch vernachlässigt und unwirksam war, soll den Frieden der Gegenwart nicht stören. Nicht ausgeübte Rechte gehen durch Verjährung zu Grunde, indem sie bald lediglich verschwinden, bald für neue Rechte Platz machen.

In solcher Allgemeinheit ist das Verjährungsinstitut ein Erzeugniß der nachrömischen Rechtslehre. Denn die der Verjährung vorbildlichen beiden römischen Institute der Ersitzung und Klagenverjährung hatten verschiedene geschichtliche Ausgangspunkte und beruhten auf wesentlich von einander abweichenden Grundlagen.[2] Ihre Verschmelzung geschah durch die Doktrin der Glossatoren. Es läßt sich bei derselben der Einfluß deutscher

---

1) L. R. I. 9 §§ 500—669. Vgl. Rave principia de praescriptione, Ausgabe von Eichmann 1780, Simon und Strampff Materialien zu den Lehren von der Verjährung, Berlin 1836 Bd. 3 ihrer Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechtes S. 381 ff., Gruchot Beiträge Bd. 7 S. 402 ff. 560 ff., Bd. 8 S. 92 ff. 262 ff. Heydemann Einl. Bd. 2 S. 79 ff. Gemeinrechtlich besonders Unterholzner Verjährungslehre 2. Auflage, besorgt von Schirmer 1858. Savigny Bd. 4 § 178, Bd. 5 §§ 237—255.

2) Die Ansichten über die inneren Gründe des römischen Institutes der Ersitzung gehen allerdings bei den neueren Schriftstellern auseinander, indem man bald die rechtsbildende Kraft der Zeit als solche, z. B. Stintzing das Wesen der bona fides 1852, bald den Besitz in den Vordergrund schiebt, Schirmer die Grundidee der Usukapion 1855, bald ihren nächsten Zweck in der Deckung etwaiger Mängel der Form des Uebertragungsgeschäftes findet, Scheurl Beiträge Bd. 2 S. 29 ff. oder gar ihr Wesen in einer Vermuthung des Eigenthums sucht und die praktische Folge, daß sie den Eigenthumsbeweis erleichtern kann, als das Bestimmende ansieht. Vgl. oben § 156 bei Anm. 9.

Rechtsanschauungen nicht verkennen.[3] Denn das deutsche Recht besaß ursprünglich nur ein einziges Verjährungsinstitut. Und zwar war dies eine Klagenverjährung gegen denjenigen, der sich an seinem Rechte verschwieg, welche auch dem Besitzer zu Gute kam, welcher Grundstücke durch gerichtliche Uebertragung oder Vererbung erworben hatte.[4] Diese Verjährung entnahm ihre Rechtfertigung der Versäumniß des bisher Berechtigten, griff deshalb im Falle der Unkenntniß, Abwesenheit und ähnlicher Verhinderung desselben nicht Platz.

Ersitzung und Klagenverjährung galten hiernach als zwei Unterarten eines und desselben Rechtsinstitutes; man bezeichnete sie als erwerbende und erlöschende Verjährung. Erlöschend oder extinktiv ist die Verjährung, wenn sie einzig in der Unthätigkeit des bisher Berechtigten wurzelnd, dessen Recht vernichtet, — erwerbend oder adquisitiv aber, wenn zur Unthätigkeit Besitz des durch die Verjährung Gewinnenden, des s. g. Präskribenten hinzukommt, und hierdurch zu dessen Gunsten an Stelle des untergegangenen ein neues Recht tritt. Gemeinsam ist beiden Arten, daß die Zeit einen Faktor der sich vollziehenden rechtlichen Veränderung bildet; gleichartig ist auch beiden der wirthschaftliche Erfolg, indem durch die eine wie die andere Verjährung das Vermögen des Präskribenten wächst, das des bisher Berechtigten sich mindert. Ferner aber sah man für beide die Versäumniß des bisher Berechtigten als maßgebend an. Endlich behandelte das kanonische Recht die bona fides des Präskribenten nicht blos, wie das römische Recht, als Erforderniß der Ersitzung, sondern erhob sie zu einer durch sittliche Rücksichten allgemein gebotenen Anforderung sowohl der erlöschenden wie der erwerbenden Verjährung.

Die Lehre des Landrechts von der „Verjährung"[6] schließt sich der so gestalteten älteren gemeinrechtlichen Theorie an.[7] Dasselbe bezeichnet ihre Unterarten als Verjährung „durch Nichtgebrauch" und „durch Besitz."[8]

§ 164. Gegenstand und Umfang der Verjährung.

Die Verjährung ist zu einem allgemeinen Endigungsgrunde der Rechte geworden. Während nach römischem Rechte die Zeit nur bei bestimm-

3) Bloße „Mißverständnisse" des römischen Rechtes haben sicherlich auch hier nicht die moderne Lehre geschaffen. So jedoch Savigny Bd. 4. S. 315, Puchta Vorlesungen Bd. 1 § 73.

4) Sachsenspiegel I, Art. 38. II, Art. 44, Kraut Grundriß § 80.

5) Cap. 20 X. de praescript. 2, 26.

6) Ueberschrift des 9. Titels 9. Abschnitts des ersten Theils.

7) Vgl. L. R. I, 9 § 500 ff. Aehnlich code civ. art. 2219, österr. b. G. B. §§ 1451. 1452. Bei Suarez selbst taucht hie und da eine mehr romanistische Anschauung auf, siehe Materialien a. a. O. S. 421; er meinte, die Adquisitivverjährung gründe sich auf eine praesumtio juris et de jure, daß der langjährige Besitzer Eigenthümer sei, dagegen die Extinktivverjährung sei eine bloße poena negligentiae, unten § 166 z. A.

8) L. R. I, 9 §§ 535. 579.

ten einzelnen, wenn auch bedeutenden Verhältnissen einen Recht vernichtenden oder schaffenden Einfluß hatte,[1] so daß die Verjährung stets in einer besonderen Rechtsnorm begründet sein mußte, ist es nach der Auffassung des Landrechts Ausnahme und bedarf der besonderen Rechtfertigung, wenn sich ein Rechtsverhältniß dem Einflusse der Verjährung entzieht.[2]

a) Jedoch gilt dies in solcher Allgemeinheit nur für die Vermögensrechte; es giebt daher keine erlöschende, und ebensowenig eine erwerbende Verjährung der Ehe.

b) Nicht verjährbar sind solche Befugnisse, welche nur eine Bethätigung der natürlichen und allgemeinen bürgerlichen Freiheit des Individuums bilden, die sogenannten res merae facultatis, z. B. das Recht zum Gewerbebetrieb, oder zur Benutzung öffentlicher Wege.[3]

c) Besonderer Verjährung sind nicht unterworfen Befugnisse, welche in einer Gerechtsame inbegriffen sind. Daher verliert z. B. der Eigenthümer das Recht, sein Grundstück mit Gebäuden zu besetzen oder einzuzäunen, nicht durch bloßen Nichtgebrauch, so lange er nicht sein Eigenthumsrecht selbst verloren hat. Es ist damit nicht ausgeschlossen, daß ein Anderer durch erwerbende Verjährung die Gerechtigkeit erwirbt, dem Eigenthümer eine solche Bethätigung seines Rechtes zu untersagen.[4]

Die erlöschende Verjährung setzt voraus, daß ein Verpflichteter oder doch Belasteter besteht, dem sie zu Gute kommt. Daher ist ihr das Eigenthumsrecht nicht unterworfen, so daß dasselbe nicht durch dreißigjährigen Nichtgebrauch, sondern nur durch entgegenstehende erwerbende Verjährung erlischt.[5] Es fragt sich aber, ob nicht eine erlöschende Verjährung der Eigenthumsklage zulässig ist, was namentlich von praktischem Interesse wird, wenn gegenüber

---

1) Die Verjährung erscheint im römischen Rechte in folgenden Gestaltungen: als usucapio und longi temporis praescriptio behufs des Eigenthumserwerbes, als longi temporis praescriptio für den Erwerb von Servituten, als vetustas in Bezug auf öffentliche Wege, Regelung des Wasserabflusses und dergleichen, als non usus behufs Untergang der Servituten, endlich als Verjährung der Klagen.

2) Die Verjährung hat nur Bezug auf Rechte im subjektiven Sinne; Rechtssätze können durch Gewohnheitsrecht oder durch Observanz außer Kraft gesetzt werden.

3) L. R. I, 9 § 505.

4) L. R. I, 9 §§ 504 — vgl. R. G. Bd. 21 S. 271 — 506. 507. Andere Beispiele: der Oberaufseher einer Stiftung kann in Folge seines Amtes einen Beamten, welcher 30 Jahre — die gewöhnliche Verjährungszeit — diente, aus dem Dienste entfernen, insofern dieser nicht etwa seinerseits ein Recht auf seine Dienstemolumente besonders ersessen hat. — Der Anspruch ferner des Cessionars einer Hypothekenforderung gegen den Cedenten auf Ausstellung einer öffentlichen Urkunde über die Uebertragung verjährt nicht, weil das Recht, dieselbe zu erlangen, einen wesentlichen Theil der ihm zustehenden Gerechtsame bildet. Präj. des O. Trib. n. 1437.

5) Allerdings war Suarez selbst — bei Simon Materialien S. 510 ff. — anderer Ansicht, indem er meinte: „sobald ich meine Uhr verliere und mich in dreißig Jahren darum nicht bekümmere, verliere ich mein Eigenthum daran, wenn sie gleich diese dreißig

einem bösgläubigen Besitzer oder einem bloßen Innehaber, welchen eine erwerbende Verjährung nicht läuft, die Eigenthumsklage 30 Jahre lang ruhte. Nach den allgemeinen Grundsätzen des neueren Rechtes wäre solche Verjährung zu verneinen, denn nach ihnen gilt die Klage nicht als selbständige Befugniß, sondern nur als Ausfluß des bezüglichen Rechts, welches sie lediglich bethätigt.[6] Gleichwohl läßt die preußische Praxis erlöschende Verjährung der Eigenthumsklage zu,[7] behandelt also hier ausnahmsweise diese Klage nicht als eine dem Eigenthum innewohnende Berechtigung, vielmehr nach römischer Vorstellung als ein mit dem Eigenthum nur verbundenes, an sich aber selbstständiges Nebenrecht.[8] Gleiches gilt von anderen dinglichen Klagen.

d) Die Verjährung läuft nicht gegen solche Rechte, welche in das Grundbuch eingetragen sind, da sich der Berechtigte an Rechten nicht verschweigen kann, denen durch die Eintragung die volle Oeffentlichkeit gegeben ist.[9] Dies bezieht sich jedoch nur auf das Recht selbst, nicht auf Ansprüche auf Geld oder andere Leistungen, welche sich aus dem Recht entwickelt haben.[10] Es sind daher verjährbar die Zinsen eingetragener Hypotheken, einzelne fällige Prästationen eingetragener Reallasten, sowie Schadensersatzansprüche wegen Verletzung eingetragener Rechte.

e) Verträge, durch welche man der künftig eintretenden Verjährung im voraus entsagt, hält die herrschende gemeinrechtliche Ansicht für ungültig, da die wiederkehrende Einfügung einer solchen Klausel in die Verträge das dem allgemeinen Nutzen dienende Institut der Verjährung außer Kraft setzen könnte.[11] Das Landrecht gestattet dagegen die Entsagung auf künftige Verjährung, wie auch Verlängerung oder Verkürzung der Verjährungsfristen. Nur müssen dergleichen Verträge auf bestimmte Ansprüche gerichtet sein, so daß sie z. B. nicht die sämmtlichen zwischen zwei Personen künftig entstehenden Ansprüche betreffen können,

---

Jahre hindurch auf der Stelle, wo ich sie verlor, liegen geblieben ist, und kein Anderer sie in Besitz genommen hat." Allein diese Ansicht ist unannehmbar, indem hiernach die erwerbende Verjährung eine ganz andere Gestalt hätte gewinnen müssen und auch der bösgläubige Besitzer nach Verlauf der dreißig Jahr Eigenthum erlangen müßte, wenn nicht durch Ersitzung, doch durch Okkupation einer herrenlos gewordenen Sache.

6) Vgl. oben § 124 bei Anm. 4.

7) R. G. Bd. 21 S. 270 und dort Citirte.

8) Vgl. jedoch § 7 Abs. 2 des E. G. vom 5. Mai 1872. Auch die hereditatis petitio des Erben oder Miterben kann folgerecht durch Nichtgebrauch erlöschen und nicht bloß durch entgegengesetzte Adquisitivverjährung.

9) L. R. I, 9 § 511. I, 18 §§ 659. 667. I, 20 §§ 534. 648. I, 21 § 96. I, 22 §§ 49. 50. Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 §§ 6. 7. Näheres über den Umfang dieser Ausnahme im Sachenrechte.

10) Vgl. Gesetz vom 31. März 1838 § 2 Ziff. 5.

11) Savigny Bd. 5 S. 411 ff. Windscheid Bd. 1 § 106 Anm. 5. So auch code civil Art. 2220, österr. G. B. § 1502.

und ist gerichtliche Verlautbarung und, falls es sich um Grundstücke oder eingetragene Rechte handelt, auch noch Vermerk im Grundbuch gefordert.[12] Diese Erschwerungen gelten somit selbst für die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungszeit.[13] [14]

§ 165. Verjährung und Befristung.[1]

Befristung ist von Verjährung zu unterscheiden. Das befristete Recht wird als ein zeitlich begrenztes in das Leben gerufen. Es findet von vornherein seine Schranke in der Frist; bei der Verjährung wird ein Recht von an und für sich unbegrenzter Dauer nachträglich in Folge seiner Nichtausübung aufgehoben. Nur eine allgemeine Aehnlichkeit zwischen beiden Instituten liegt also vor; dennoch ist nicht selten zweifelhaft, welches Verhältniß gemeint ist. Der Name Verjährung entscheidet nicht immer, da das Wort häufig im weitesten Umfang, für jede Beseitigung eines Rechtes in Folge Zeitablaufes genommen wird.[2]

Zahlreiche Fristen sind gesetzliche. Es gehören dahin die prozessualischen, insbesondere die Berufungsfristen,[3] ferner die Fristen für Errichtung eines Inventars, für die Entsagung der Erbschaft.[4] Auch vertragsmäßig können Rechte befristet werden; als Frist wird namentlich aufgefaßt die Klausel der

---

12) L. R. I, 9 § 565 ff. Selbst auf die Verjährung der Wechselklage kann der Wechselschuldner daher gerichtlich verzichten. Vgl. unten Bd. 2 § 252 Anm. 27. — Bei Handelsgeschäften genügt formlose Entsagung, Keyßner bei Gruchot Bd. 12 S. 577.

13) Der Entwurf von 1787 Th. II Tit. 6 § 447 hatte sogar bestimmt, es könne die gesetzliche Verjährungsfrist durch Verträge überhaupt nicht abgekürzt werden. Hiergegen liefen Monita ein, welche Suarez Materialien a. a. O. S. 530 für begründet erachtete, so daß er die Abkürzung wenigstens der Verlängerung gleichstellte.

14) Sie sind aber nicht anwendbar auf die Befristung eines Rechtes, unten § 165. Präj. des O. Trib. n. 1722. Entsch. Bd. 14 S. 222. Entsch. Bd. 17 S. 361. Dagegen Koch Komm. zum § 565.

1) Vgl. Heydemann Bd. 2 S. 93 ff., insbesondere Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung, erster Theil 1880 und die Besprechung dieses Buches von Strohal in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 61 ff., ferner Schwalbach in Iherings Jahrbuch Bd. 20 S. 264.

2) Vgl. hierzu R. G. Bd. 17 S. 207.

3) Ausschließungsfristen finden sich ferner in den neueren Gesetzen für Einwendungen gegen Deichanlagen, Entwässerungsanlagen u. s. f., vgl. auch Zw. V. Ges. vom 13. Juli 1883 § 40 Ziff. 9.

4) L. R. I, 9 § 424. I, 5 §§ 94—101, vgl. auch I, 4 § 92. I, 9 § 70. I, 11 §§ 224. 289. 314. 415. 435. 641. 738 und I, 20 § 425. I, 11 §§ 1090. 1091. 1113. 1118. 1129. 1133. I, 14 § 158. Plenarbeschl. vom 6. Dec. 1858. Entsch. Bd. 40 S. 1 ff. I, 16 §§ 277 ff. 503. 508. I, 20 §§ 452. 609. 610. 645. 655. I, 21 § 349. II, 1 §§ 41. 392. 410. 579. 721. II, 2 §§ 7. 17. II, 18 §§ 101. 102. § 30 des Gesetzes vom 11. Juni 1874, R. G. Bd. 3 S. 306 u. s. f. Etwas Verwandtes ist es, wenn eine Vermuthung sich an eine Thätigkeit oder Unthätigkeit knüpft, welche innerhalb eines gewissen Zeitraums stattfand, z. B. L. R. I, 4 §§ 45—51. I, 9 § 71. I, 11 § 753. I, 14 §§ 35. 36. I, 16 §§ 106. 107.

Versicherungsverträge, wonach der Versicherte innerhalb gewisser Zeit seine Rechte aus der Versicherung gegen den Versicherer geltend zu machen hat.[5][6]

Eine allgemeine Theorie der Befristung läßt sich nicht geben, da Fristen in sehr verschiedenem Sinne gesetzt werden. Bald begränzen sie das Recht schlechthin zeitlich, bald nur die Klagerhebung. In allen Fällen aber ist die unterscheidungslose Uebertragung von Grundsätzen der Verjährung abzuweisen.[7] Insbesondere finden die Formen für Verlängerung oder Verkürzung der Verjährung hier keine Anwendung. Die Frist ferner läuft meist ohne Rücksicht auf die subjektive Behinderung des Berechtigten, nicht selten auch ohne durch objektive Hinderungsgründe aufgehalten zu werden. In andern Fällen, z. B. bei den dem Versicherten aufgelegten Fristen, wird nur der Nachlässige betroffen.[8] Auch ob die Frist erst mit der Möglichkeit der Geltendmachung des Rechtes beginnt oder schon vorher, ist Frage des besonderen Falles. Wie die Frist zu wahren, muß gleichfalls nach der besonderen Lage beurtheilt werden. Verwahrung wird nicht leicht genügen, Anerkennung des Rechtes durch den andern Theil in vielen Fällen auch nicht.

Die Folgen des Ablaufes der Verjährung und der Frist sind grundsätzlich verschieden. Der verjährte Anspruch verliert nur die Fähigkeit, zwangsweise durchgesetzt zu werden, ist also nicht schlechthin untergegangen, und kann insbesondere durch Anerkennung wieder in Kraft gesetzt werden. Der befristete Anspruch hingegen ist nach Ablauf der Frist, welche sein Maß bestimmte, erloschen, er kann nicht wieder aufleben, sondern höchstens durch einen neuen gleichartigen Anspruch in Folge gültiger Willenserklärung ersetzt werden. Demgemäß ist der Fristablauf von Amtswegen zu berücksichtigen, sofern er sich dem Richter aus dem von den Prozeßparteien beigebrachten Material ergiebt, denn es handelt sich um die Schlüssigkeit des Anspruches. Es bedarf nicht nothwendig des Vorschützens einer Einrede, wie dies bei der Verjährung der Fall ist.

§ 166. Hinderung der Verjährung.

1. Das preußische Recht hat, wie schon das altdeutsche Recht that,[1] die persönliche — subjektive — Behinderung des Berechtigten in der Geltendmachung seiner Rechte, und sogar zufällige bloße Er-

5) Vgl. unten Bd. 2 § 236 Anm. 24.

6) Hierher gehört auch die Börsenüsance, wonach Zeitgeschäfte binnen gewisser Zeit nach dem Stichtag durch Klage geltend gemacht werden müssen. R. O. H. G. Bd. 5 S. 182.

7) R. O. H. G. Bd. 4 S. 63 ff. R. G. Bd. 3 S. 306.

8) Unten Bd. 2 § 236 Anm. 25.

1) Sachsenspiegel I. Art. 38. Albrecht Gewere S. 113 ff. — Das kanonische Recht läßt in verwandtem Gedankengange eine Hinderung der Verjährung eintreten für Ansprüche der römischen Kirche im Falle eines Schisma cap. 10, 14. X. de praescr. 2, 26.

schwerungen der Klaganstellung in ausgedehntem Maße als Hemmniß der Verjährung, der erwerbenden wie der erlöschenden, angesehen.[2] Es ergab sich dies daraus, daß man die Rechtfertigung der Verjährung wesentlich in unentschuldigte Nachlässigkeit seitens des Berechtigten setzte.

a) Hindernisse des Beginns der Verjährung bilden demgemäß entschuldbare Nichtkenntniß seines Rechtes Seitens des Berechtigten,[3] sowie erhebliche thatsächliche Erschwerung seiner Geltendmachung.[4]

In Folge dessen können längst vergessene, angeblich noch bestehende Ansprüche unvermuthet auftauchen und im Widerspruch mit den Zwecken der Verjährung den Frieden der Gegenwart stören.[5] Die Erkenntniß der hieraus drohenden Mißstände blieb den Verfassern des Landrechtes nicht ganz verborgen. Daher suchten sie durch kasuistische Einzelbestimmungen zu helfen. Doch war man hierbei zum Theil wenig glücklich.

Vorzügliche Berücksichtigung erfährt desfalls Abwesenheit in Staatsgeschäften.

Und zwar kann gegen Militärpersonen, welche wegen des Kriegsdienstes ihre Standquartiere verlassen müssen, während des Krieges oder bis zu ihrer Entlassung während desselben keine Verjährung anfangen.[6] Da der Krieg ein Ereigniß ist, welches das ganze Volksleben betrifft, so hebt sich dies Hinderniß über die bloß individuell persönlichen hinaus.

Dagegen war es wenig gerechtfertigt, und paßt namentlich nach heutigen Verkehrszuständen entschieden nicht mehr, daß das Landrecht auch keine Ver-

---

2) So schon der Entwurf von 1787 Th. II Tit. 6 ad § 520 S. 217 ff. Man verallgemeinerte hierbei die Regel agere non valenti non currit praescriptio, welche sich zunächst nur auf das Erforderniß bezog, daß der Berechtigte nach der Natur seiner Berechtigung, an sich die Klagmöglichkeit haben sollte, in dem Sinne, daß man auch zufällige und subjektive Klaghindernisse als Ausschließungsgründe des Beginnes der Verjährung behandelte.

3) L. R. I, 9 § 512 ff. Die Verjährung soll hiernach nicht anfangen gegen den, welcher „von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können." Damit ist nicht schlechthin Unmöglichkeit, sondern nur Entschuldbarkeit des Nichtkennens gemeint. Anders das römische Recht, l. 12 § 3 C. de praescript. longi temp. 7, 33. nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. — Wer entschuldbare Nichtkenntniß seines Rechtes behauptet, hat Thatsachen nachzuweisen, aus welchen dieselbe hervorgeht. L. R. I, 9 § 513.

4) L. R. I, 9 § 516. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 416 zählt Unkenntniß des Klägers von der Wohnungsveränderung seines Schuldners hierher. Ortskundige Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aber gilt nicht als Hinderniß des Beginns der Verjährung.

5) Vgl. R. G. Bd. 10. S. 45.

6) L. R. I, 9 § 522. Als Militärpersonen gelten die Personen, welche zu dem Organismus der Armee gehören, also auch Nichtkombattanten, z. B. Militärärzte und Feldprediger, nicht aber Personen, welche staatlich nicht angeordnete Dienste leisten, wie Johanniter, freiwillige Krankenpfleger, vgl. § 38 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874.

jährung gegen Personen anfangen läßt, welche sich im Staatsdienst in fremden Landen — jetzt außerhalb des deutschen Reiches — aufhalten[7] und vollends singulär ist, daß keine ein Grundstück betreffende Verjährung anfangen soll, so lange sich der Eigenthümer im Staatsdienst in einer anderen Provinz — d. h. einem anderen Oberlandesgerichtsbezirk — aufhält.[8 9]

Singulär ist auch, daß — offenbar wegen vermutheter Unkenntniß des Eigenthümers — der Beginn einer Verjährung gegen ein Grundstück ausgeschlossen ist, welches im Besitz eines Pächters, Miethers oder Nutznießers ist; steht es in der Innehabung eines Verwalters, so gilt dies nicht.[10 11]

---

7) L. R. I, 9 § 518.

8) L. R. I, 9 § 519, vgl. § 622 daselbst. Es bezieht sich dies auf die erwerbende Verjährung des gesammten Gutes oder von Theilen desselben oder von Rechten an demselben, wie auf die erlöschende Verjährung der dem Gute zustehende Gerechtigkeiten durch Nichtgebrauch. Entsch. des O. Trib. Bd. 27 S. 323 ff.

9) Kehrt der Beamte auch nur zeitweilig zurück, so beginnt die Verjährung. L. R. I, 9 § 520. Doch kann dies für den Fall nicht gelten, daß er sich in der Zeit der Rückkehr von den betreffenden Verhältnissen nicht unterrichten konnte, was bei einer raschen Durchreise möglicherweise durch die einfache Darlegung der Reiseroute bewiesen werden kann. Vgl. übrigens Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 87.

10) L. R. I, 9 § 521. L. R. I, 21 §§ 90. 91. R. G. Bd. 19 S. 277, 281. Doch nur auf Ersitzung von Gerechtigkeiten am Grundstück und Verlust von Gerechtigkeiten desselben durch Nichtgebrauch bezieht man die Bestimmung, nicht auf eine Ersitzung des Grundstücks selbst oder seiner territorialen Theile, Striethorst Archiv Bd. 37 S. 232.

11) Dies Hinderniß beachteten auch ältere gemeinrechtliche Praktiker, weil die Ausübung des Rechtes auf den Pächter oder Vertreter übergegangen sei, auch Jedem nur die eigene, nicht die fremde Nachlässigkeit schaden könne: Carpzov decis. II 115. Vielfach berief man sich hierbei auf die l. 12 C. de adq. et ret. poss. 7, 32, nach welcher die schuldhafte Besitzaufgabe durch Miether oder Stellvertreter dem Eigenthümer nicht schaden soll. Strube rechtliche Bedenken I. n. 139. 2. Aufl. I. S. 327. Auf Anregung von Suarez unterschieden aber die Landrechtsverfasser zwischen Nutznießern und Pächtern, welchen die Ausübung des Rechtes für eine gewisse Zeit selbständig zusteht, und dem Verwalter, welcher dem Herrn gegenüber schlechthin abhängig bleibt. Den Miether stellt dem Pächter gleich Entsch. des O. Trib. Bd. 64 S. 42. Natürlich läuft die Verjährung dennoch auch im Falle der Verpachtung, wenn der Eigenthümer nachweisbar die Antastung seines Rechtes Seitens des Präskribenten gekannt hat oder kennen mußte, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1169. Wie wenn nur einzelne Theile des Gutes verpachtet sind und hinsichtlich ihrer die Verjährung in Anspruch genommen wird? Die Verjährung ist auch hier ausgeschlossen, wenn die Unkenntniß des Verpächters hinsichtlich der die Verjährung begründenden Verhältnisse in Folge der Verpachtung entschuldbar war. So R. G. Bd. 2 S. 191, bei Gruchot Bd. 34 S. 1168. Ebenso ist zu entscheiden, wenn nicht der Eigenthümer, sondern der Verwalter des Gutes einzelne Gutstheile verpachtete, vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 961. Wie aber, wenn Jemand Verwaltung und Nießbrauch hat, wie dies beim Hausvater hinsichtlich des Kindesgutes, beim Pfarrer hinsichtlich des Pfarrgutes der Fall ist? — L. R. II, 11 § 778. — Offenbar überwiegt der Nießbrauch, da alsdann gerade eine gesteigerte Selbständigkeit der Stellung vorliegt. Dennoch hat ein Plenarbeschluß des Obertribunals den Beginn der Verjährung gegen die Pfarre während der Nutzung des Pfarrers zugelassen. Entsch. des O. Trib. Bd. 50 S. 1 ff. Der Sequester ist dem Nutznießer, nicht dem Verwalter in Beziehung auf L. R. I, 9 § 521 gleichzustellen, weil der Eigenthümer leicht in Unkenntniß über sein Thun und Lassen im Einzelnen sein kann. Kann der Eigenthümer, gegen

b) Es entspricht altem deutschem Rechte, daß zwischen Eheleuten während Dauer der Ehe, und zwischen Vater und Kind während Dauer der väterlichen Gewalt keine Verjährung beginnen kann.[12]

Ebenso kann der Vormund keine Verjährung gegen seinen Mündel während der Dauer seiner Vormundschaft beginnen, wohl aber der Mündel gegen den Vormund.[13] [14]

Die unter a und b aufgeführten Hinderungsgründe hemmen nur den Beginn nicht aber den Fortlauf der Verjährung. Gelangt daher ein in der Verjährung begriffenes Recht an einen nicht unterrichteten oder in der Geltendmachung des Rechts behinderten Rechtsnachfolger, so wird der Fortlauf der Verjährung dennoch nicht gehemmt.[15] Bestanden aber die gedachten Behinderungsgründe noch zur Zeit des Ablaufs der Verjährung oder innerhalb 4 Jahren vorher, so entspringt aus ihnen ein Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[16]

c) Auch Minderjährige sollen ihrer Rechte durch Verjährung nicht schlechthin verlustig gehen.[17] Doch unterscheidet das Landrecht bezüglich der Minderjährigen die erlöschende und die erwerbende Verjährung.

---

welchen eine Verjährung bereits angefangen hat, welcher sodann das Gut verpachtet oder zum Nutzgenuß gegeben hat, wenn nun während der Pachtung oder des Nießbrauchs die Verjährung sich vollendet, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Anspruch nehmen — unten Anm. 16 —, wie dies bei den anderen in den letzten vier Jahren der Verjährungsfrist eintretenden Entschuldigungsgründen der Fall ist? Es verneint dies Koch zu L. R. I, 9 § 531, weil es sich hier um ein Hinderniß handelt, welches der, gegen welchen die Verjährung läuft, willkürlich selbst geschaffen hat; das Obertribunal hat hierüber widersprechende Erkenntnisse gegeben.

12) L. R. I, 9 §§ 524—525, vgl. code civil art. 2252, 2253, österr. G. B. § 1495, sächs. Gesetzbuch § 156. So findet Carpzov lib. I. resp. 40, Mueller promt. jur. verb., „praescriptio" n. 49: reverentia uxoris erga maritum impedit praescriptionem. Dagegen sind Sachen der Ehefrau und der Hauskinder, welche der Mann oder Vater unbefugterweise veräußerte, abweichend vom römischen Rechte ersitzbar.

13) Nach römischem Rechte war der Vormund nicht gehindert, gegen den Mündel zu ersitzen oder eine erlöschende Verjährung zu beginnen. Ob er dem Mündel in solchen Fällen durch die actio tutelae haftbar wurde, hing von der Frage ab, ob ihm eine Schuld zur Last gelegt werden konnte.

14) L. R. I, 9 § 526 — durch die V. O. nicht außer Kraft gesetzt vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht § 10. — Der Satz wurde auch angewendet, falls der Pfarrer zum Nachtheile des Kirchenärars verjähren wollte, insofern er Vorsitzender des Gemeindekirchenraths war, welcher dasselbe verwalten sollte. Jedoch wurde durch Plenarbeschluß des O. Trib. die Anwendung auf den Patron verworfen, da dieser nur die Aufsicht, nicht die Verwaltung des Kirchengutes habe, also dem Vormunde nicht gleichstehe. Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 33, Präj. n. 2716.

15) L. R. I, 9 § 530.

16) L. R. I, 9 § 531 ff. Ueber die Wiedereinsetzung vgl. oben § 141 zu 2. Die Frist läuft vom Wegfall des Hindernisses an. Stirbt der Berechtigte während der Frist, so kommt seinem minderjährigen Erben der Rest der Frist, keine besondere neue Frist zu Gute. L. R. I, 9 §§ 533. 538. 539. Natürlich bedarf die Wiedereinsetzung stets eines besonderen Antrages, kann aber auch durch Einrede oder Replik im Hauptprozesse geltend gemacht werden.

17) Ueber das römische Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 341 Anm. 10.

Erlöschende Verjährung kann gegen Minderjährige, wenn sie nicht unter väterlicher Gewalt stehen, nicht beginnen,[18] wohl aber fortgesetzt werden.[19] Vollendet sie sich jedoch während der Minderjährigkeit, so steht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen 4 Jahren nach aufgehobener Vormundschaft offen.[20] Erwerbende Verjährung dagegen kann gegen bevormundete Minderjährige, wie gegen solche unter der väterlichen Gewalt, nicht aber gegen Minderjährige ohne Vormund beginnen;[21] vollendet sie sich während der Minderjährigkeit des Berechtigten, so hat er, mag er unter Vormundschaft gestanden haben oder nicht, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[22]

Geisteskranke, solche Taubstumme, die zu bevormunden sind, sowie auch Abwesende, die unter Vormundschaft gestellt sind,[23] stehen hinsichtlich der Verjährung den Minderjährigen gleich.

2. Versagung rechtlichen Gehörs — also objektive Hinderung — hemmt nicht bloß den Beginn der Verjährung, sondern auch deren Lauf, so daß sie inzwischen ruht.

Sie kann in willkürlichem Eingreifen in die Rechtsprechung über einen einzelnen Rechtsstreit liegen, oder Folge eines allgemeinen Gerichtsstillstandes sein. Es kommt nicht darauf an, was ihre Ursache ist, Krieg, Aufstand, Furcht des Gerichts vor solchen Ereignissen oder was sonst.[24]

---

18) L. R. I, 9 § 535. Daß die Verjährungsprivilegien solchen Minderjährigen, welche unter väterlicher Gewalt stehen, nicht zu Gute kommen, führt namentlich aus Striethorst Archiv Bd. 72 S. 82 ff. Nur dann haben auch sie dieselben, wenn ihr Interesse vom Vater nicht wahrgenommen werden kann, so daß die Einleitung einer Pflegschaft nöthig ist, Entsch. des O. Trib. Bd. 64 S. 215 ff., vgl. oben § 141 Anm. 1.

19) L. R. I, 9 § 536 besagt: „Wenn aber ein Recht nach bereits angefangener Verjährung auf einen Unmündigen oder Minderjährigen, der mit einem Vormund versehen ist, übergeht, so wird dadurch der Fortlauf der Verjährung nicht gehemmt." Hieraus ließe sich schließen, daß die Verjährung dann gehemmt werde, wenn das Recht an einem Minderjährigen gedieh, welcher keinen Vormund hat, obgleich er einen solchen haben sollte. Das O. Trib. hat dies aber im Präj. n. 1778, Entsch. Bd. 15 S. 119, vgl. Bd. 75 S. 288, verworfen.

20) L. R. I, 9 § 537, vgl. unten Anm. 21.

21) L. R. I, §§ 593. 595. Man meinte nämlich, daß bloße Unterlassungen dem Vormund leichter begegnen könnten, als ein Uebersehen, daß Dritte zum Nachtheil des Mündels Besitz erwarben.

22) L. R. I, 9 § 594. Das Obertribunal nimmt an, Präj. n. 2184, Entsch. Bd. 19 S. 134, daß bezüglich der Minderjährigkeit die Bestimmung von L. R. I, 9 § 532 nicht zur Anwendung komme, wonach die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch ertheilt wird, wenn das Hinderniß zwar noch vor Ablauf der Verjährungsfrist, jedoch erst innerhalb der letzten 4 Jahre vorher gehoben ist. Dies allerdings kaum entsprechend der Absicht des landrechtlichen Gesetzgebers, vgl. Koch zu L. R. I, 9 § 537.

23) L. R. I, 9 §§ 540, 541, 595. Vgl. oben § 72 z. A. — Für Verschwender gilt dies nicht § 542 a. a. O.

24) L. R. I, 9 §§ 528. 529. Statt „Versagung des rechtlichen Gehörs" sprach das Gesetzbuch von 1792 von einem „Machtspruch", es wurde aber der Paragraph nach der Kabinetsordre vom 18. December 1793 bei der endlichen Verkündigung des Land-

Auch Fälle des Ruhens des Klagerechts in Folge des gewöhnlichen Rechtsgangs gehören hierher, z. B. in Folge der den Erben des Schuldners offenstehenden gesetzlichen Ueberlegungsfrist.[25] [26]

In Fällen des Ruhens der Verjährung wird sie nicht unterbrochen. Daher läuft sie nach Beseitigung des Hindernisses unter Hinzurechnung der vorher abgelaufenen Zeit weiter, während sie nach einer Unterbrechung in allen ihren gesetzlichen Erfordernissen wieder von neuem beginnen muß.

II. Die erlöschende Verjährung.[1]

§ 167. Beginn.

Die landrechtliche erlöschende Verjährung beginnt, sobald das Recht, gegen welches sie sich richtet, ausgeübt werden konnte. Ist dasselbe an eine gewisse Gelegenheit geknüpft, so fängt die Verjährung von der Zeit an, in welcher sich die Gelegenheit zur Ausübung ereignet hat.[2]

Eine besondere Art der erlöschenden Verjährung ist diejenige der Forderungen. Sie entspricht der römischen Klagenverjährung. Doch ist sie nicht mit ihr zu identificiren. Denn die römische Klagenverjährung konnte begrifflich erst von der Entstehung der Klage — actio nata — an verjähren; die landrechtliche Verjährung der Forderung aber beginnt schon von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte.[3] Beides fällt keineswegs immer zusammen.[4]

Bedeutende gemeinrechtliche Schriftsteller verlangen, zum Beginn der Klagenverjährung, daß eine Rechtsverletzung seitens des Verpflichteten

---

rechts um deswillen abgeändert, weil der Ausdruck Machtspruch anstößig schien. Vgl. Mathis Bd. 11 S. 236. Dennoch und trotz der allerdings zweideutigen Bestimmung von L. R. I, 9 § 523 wird man dem O. Trib., Entsch. Bd. 45 S. 97 ff., Recht geben, wenn es auch in dem Falle, in welchem die Versagung rechtlichen Gehörs nicht durch Machtsprüche, sondern durch Gerichtsstillstand veranlaßt ist, Ruhen des Laufes einer Verjährung annimmt. Denn es ist folgerecht, daß dem die Verjährung nicht läuft, welcher sein Recht unmöglich zur Geltung bringen kann. Von diesem Grundsatze war die Bestimmung hinsichtlich des Machtspruchs von vornherein nur eine einzelne Anwendung, vgl. oben § 27 Anm. 10.

25) Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 11. Die preußische Praxis sah die Verjährung der Ansprüche gegen den Gemeinschuldner, welche vor der Konkurseröffnung bestanden, als durch diese unterbrochen an. Anders die Reichskonkursordnung § 13. Vgl. unten Bd. 2 § 114 Anm. 24.

26) Vgl. auch L. R. I, 16 §§ 479. 481, unten Bd. 2 § 103 bei Anm. 3.

1) L. R. I, 9 §§ 535 ff. „von der Verjährung durch Nichtgebrauch."

2) L. R. I, 9 § 543. Nach L. R. I, 9 § 544 müssen, wenn solche Rechte durch Nichtgebrauch erlöschen sollen, noch mindestens zwei Gelegenheiten der Ausübung des Rechtes eingetreten sein. Vgl. unten § 178 Anm. 15.

3) L. R. I, 9 § 545.

4) Ueber die gemeinrechtlichen Grundsätze der Klagenverjährung siehe Savigny Bd. 4 §§ 178, 199, Bd. 5 § 237 ff. und die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 144 Citirten.

stattgefunden habe, durch welche die Klage des Berechtigten begründet wurde.[5] Für das Landrecht ist das keinesfalls richtig. Nur wo die Rechtsverletzung erst die Forderung hervorruft, ist sie begreiflich Bedingung des Beginns der Klagenverjährung.

Demgemäß beginnt die Verjährung unbetagter und unbedingter Forderungen unmittelbar mit ihrer Begründung, die betagter mit ihrem Fälligkeitstermin, bedingter mit dem Eintritt ihrer Bedingung. Dagegen beginnt die Verjährung bezüglich von Obligationen, die ein Nichtthun zum Gegenstande haben, erst mit der Zuwiderhandlung, da sie erst eine Forderung begründet. —

Zahlreiche Fragen sind zweifelhaft:

a) Es ist bestritten, ob die Verjährung anfängt, wenn zwar ein klagbarer Anspruch noch nicht besteht, wenn es aber bereits in der Hand des Berechtigten liegt, einen solchen herbeizuführen. Dies ist nach gemeinem Rechte grundsätzlich zu verneinen. Denn da dasselbe nur eine Klagenverjährung kennt, so muß es, wie bemerkt, verlangen, daß das Klagrecht bereits entstanden ist, damit deren Verjährung beginnt.[6] Nach Landrecht aber verjährt die Forderung, nicht die Klage, daher liegt die Frage hier grundsätzlich anders.

Es entspricht der Zweckmäßigkeit und der Praxis, daß die Verjährung der Forderung nach Landrecht bereits dann beginnt, wenn es dem Gläubiger oblag, die Bedingungen ihrer Klagbarkeit herbeizuführen und er dies vertragswidrig unterließ.

Daher läuft z. B. die Verjährung einer Forderung auf den Kaufpreis, wenn es dem Verkäufer vertragsmäßig obgelegen hätte, dessen Betrag festzustellen und er dies versäumte.[7] Insbesondere aber beginnt die Verjährung einer im übrigen fälligen Forderung aus einem zweiseitigen Geschäfte, trotzdem der Gläubiger die ihm obliegende Vorleistung oder Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung nicht bewirkt, obgleich diese Bedingung seines Klagerechts noch in Folge seiner Versäumniß aussteht.[8]

b) Streitig ist ferner, von wann eine kündbare Darlehenforderung zu verjähren beginnt. Die Praxis hat sich dahin entschieden, daß die Verjährung beginnt, sobald dem Gläubiger das Kündigungs-

---

5) So Savigny Bd. 5 S. 281. 298. Dagegen R. G. Bd. 15 S. 178.

6) Schon die älteren gemeinrechtlichen Juristen, wesentlich auf dem Standpunkte der Rechtsverjährung stehend, haben jedoch die Regel aufgestellt: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris.

7) Es gilt dies auch für die kurze Verjährung des Gesetzes vom 31. März 1838.

8) Dies hat dem Ergebnisse nach mit Recht das Obertribunal — vgl. Gruchot Beiträge Bd. 7 S. 455 — in dem Falle anerkannt, in welchem das Recht des Verpächters auf den Pachtzins davon abhängig gemacht war, daß er die ihm vertragsmäßig obliegenden Reparaturen vornehme.

recht erwächst, so jedoch, daß zur Vollendung der Verjährung außer der Verjährungszeit noch so viel Zeit abgelaufen sein muß, als die dem Schuldner nach Gesetz oder Vertrag laufende Kündigungsfrist betrug.[9] [10] [11]

c) Die preußische Praxis nimmt, wie schon bemerkt, eine erlöschende Verjährung dinglicher Klagerechte, insbesondere der Eigenthumsklage an.[12]

Hierbei ist, wie nach gemeinem Rechte, zweifelhaft, von wann die Verjährung der Eigenthumsklage gegen Pächter, Miether, Nießbraucher, Verwalter und in ähnlichen Verhältnissen zum Eigenthümer stehende Personen läuft, welche die in Anspruch genommene Sache hinter sich haben.

Der Eigenthümer konnte von Nutzungsberechtigten während der Dauer ihres Nutzungsrechtes die Herausgabe der Sache noch nicht fordern, deshalb läuft die Verjährung seiner Klage erst mit der Endigung ihres Nutzungsrechtes. Dagegen konnte er von seinem Verwalter als bloßem Inhaber die Herausgabe jederzeit verlangen. Daher beginnt die Verjährung seiner Klage gegen diesen von dessen Innehabung an; so lange derselbe jedoch sein Recht anerkennt, wird die Verjährung der Eigenthumsklage durch die Anerkennung unterbrochen.

d) Es ist endlich wie nach gemeinem Rechte[13] bestritten, ob und inwieweit der Beginn der Verjährung durch das Bestehen von Einreden gehindert wird.

---

9) So das Obertribunal im Plenarbeschluß vom 13. Januar 1838, Entsch. Bd. 3 S. 165. Vgl. auch Gruchot Bd. 7 S. 447 ff. Koch Recht der Forderungen 2. Aufl. S. 762 läßt die Verjährung von der Kündbarkeit des Darlehens an beginnen, ohne die nach der Kündigung laufende Frist in Anschlag zu bringen, da der Gläubiger bereits vor deren Ablauf mit dem Antrag hervortreten könnte, daß der Schuldner zur Verfallzeit Befriedigung leiste, vgl. oben § 124 zu 3 a. E. Richtiger Ansicht nach kann aber die Vergünstigung einer solchen Anticipation der Klage für die Verjährung nicht in Betracht kommen. Sonst müßte auch die Verjährung einer Forderung mit bestimmtem Zahlungstermin vor dem Verfalltage laufen, sofern sie vorher zum Gegenstande einer Klage gemacht werden kann und solcher Klage steht nichts entgegen. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 428. Anders Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 21. Vgl. auch Dernburg Pand. Bd. 1 § 146 Anm. 11 und dort citirte.

10) Besonderes gilt für das Wiederkaufsrecht. Gemeinrechtlich war die Verjährbarkeit des Auslösungsrechtes des Verkäufers bestritten, indem die Einen dieselbe vom Abschlusse des Vertrages an laufen wollten, was sich freilich nur durch die Regel toties praescribitur — oben Anm. 6 — u. s. w. rechtfertigen ließ, — vgl. aber Vangerow Bd. 1 § 147. II. 8, — während Andere, namentlich diejenigen, welche die Rechtsverletzung zur Voraussetzung der Nativität erklären, die Verjährung erst beginnen lassen, wenn der Verkäufer den Wiederverkauf begehrt hat. So Savigny Bd. 5 S. 304 ff. Das L. R. bestimmt I, 11 § 317, daß ein Wiederkaufsrecht, welches zu allen Zeiten stattfinden solle, unverjährbar sei, im Interesse der Wiederkäufer und indem man einen stillschweigenden Verzicht auf die Verjährung unterstellte.

11) Die Verjährung des Rückforderungsrechts des Faustpfandes beginnt mit Endigung des Pfandrechts, insbesondere durch Zahlung der pfandrechtlich gesicherten Forderung. Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 159 über gemeines Recht.

12) Siehe oben § 164 zu c am Schlusse.

13) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 150 Anm. 6.

Für die Bejahung beruft man sich darauf, daß der Gläubiger keine Erfüllung fordern kann, wenn ihm Einreden entgegenstanden. Man wird aber unterscheiden müssen.

Das Bestehen peremptorischer Einreden hindert den Lauf der Verjährung nicht. Denn was dem vollgültigen Rechte sein Ende bereitet, muß um so eher das anfechtbare vernichten. Gilt doch die Verjährung zugleich als Vermuthung der Tilgung des Rechtes; ersetzt also den Beweis der neben ihr vorgebrachten Einreden.

Dagegen stehen dilatorische Einreden dem Beginn der Verjährung entgegen, da sie die Fälligkeit der Forderung hinausschieben. Anders ist es nur, wenn der Gläubiger begründete Veranlassung hatte, die Einrede zu beseitigen, z. B. Retentionseinreden des Schuldners, und dies unterließ.

Gemeinrechtlich ist streitig, ob aus einer fortdauernde Verbindlichkeiten erzeugenden Verpflichtung nur die einzelnen verfallenen Rückstände verjähren, oder ob das Recht selbst erlischt, wenn die Verjährungszeit hindurch die verfallenen Leistungen nicht gefordert wurden. Das Landrecht bestimmt ausdrücklich, daß das Recht auf wiederkehrende Leistungen und Abgaben durch bloßen Nichtgebrauch, d. h. Nichteinforderung der einzelnen Gefälle, verjähren kann.[14] [15] Natürlich greift diese Verjährung aber nicht ein, wenn die Nichteinforderung erweislich aus bloßer Nachsicht erfolgte.[16]

§ 168. Zeitraum. Unterbrechung der erlöschenden Verjährung.

Die erlöschende Verjährung vollendet sich in der Regel, wie die römische Klagenverjährung, in 30 Jahren.[1] Es giebt aber zahlreiche Fälle kürzerer Verjährung.

Die römische Verjährung der Klage wurde grundsätzlich nur durch Klageerhebung unterbrochen, andere Unterbrechungsgründe werden durch die römische Gesetzgebung nur in beschränktem Maße anerkannt.

---

14) L. R. I, 9 § 509, ebenso österr. G. B. § 1480. Die vorlandrechtliche Praxis war schwankend. Vgl. Behmer jus contr. I. obs. 9. Hymmen Beitr. Bd. 8 S. 27 ad 7. Entscheidung der Gesetzkommission v. 26. Dec. 1789, Klein Annalen Bd. 6 S. 310. Näheres bei Heydemann Bd. 2 S. 119.

15) Dies bezieht sich nicht auf verzinsliche Darlehen, da bei ihnen Kapital und Zinspflicht zwei verschiedene, wenn auch verbundene Verbindlichkeiten bilden, von denen jede für sich einklagbar ist, sondern nur auf Renten, Reallasten u. s. f. Dennoch hat das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 4 S. 80 eine Anwendung des § 510 auf verzinsliche Darlehen gemacht.

16) L. R. I, 9 § 510.

1) L. R. I, 9 § 546. Ueber die Berechnung dieser Zeit siehe L. R. I, 9 § 547 ff. und oben § 70.

Für die landrechtliche Verjährung des Rechtes genügt dagegen grundsätzlich jede Bethätigung desselben durch den Berechtigten zur Unterbrechung.

1. Demgemäß begegnet der Verjährung vor Allem thatsächliche Verwirklichung des Rechtes.[2] Dieselbe beruht bald in der Herstellung und Erhaltung eines Zustandes, z. B. bei einer Baugerechtigkeit in dem Bestehen der entsprechenden Einrichtungen,[3] bald in einer Thätigkeit Seitens des Berechtigten oder seiner Leute, z. B. in dem Benutzen des Weges, auf den uns eine Wegegerechtigkeit ein Recht giebt, bald endlich bei affirmativen Rechten, in einer entsprechenden Leistung Seitens des Verpflichteten oder seines Vertreters.

2. Jedes dem Berechtigten Seitens des Verpflichteten abgegebene Anerkenntniß der Verpflichtung unterbricht die Verjährung, sei es ausdrücklich oder indirekt erklärt.[4] Letzterer Art sind Sicherheitsstellungen, Abschlags-, sowie Zinszahlungen[5] Fristgesuche, Vergleiche, nicht aber bloße Vergleichsanerbietungen.

3. Endlich wird die Verjährung durch gerichtliche Schritte unterbrochen. Nach Landrecht genügte bloße Anmeldung der Klage bei Gericht.[6] Das heutige Verfahren kennt einen derartigen Akt nicht mehr. Die Wirkungen, welche die Anmeldung hatte, treten jetzt erst mit Erhebung der Klage, also in der Regel mit deren Zustellung ein.[7]

Klage bei einem unzuständigen Gericht ist zur Unterbrechung zulänglich, unter Voraussetzung der Wiederholung beim zuständigen Gericht binnen

---

2) L. R. I, 19 § 32: „So lange Jemand die Verbindlichkeit, gegen welche ihm ein Recht auf eine fremde Sache eingeräumt ist, erfüllt, kann keine Verjährung wider ihn anfangen, wenn er auch von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hätte." Präj. des Obertribunals n. 1783.

3) L. R. I, 22 § 51 und unten § 299 bei Anm. 8.

4) L. R. I, 9 § 562. Dies Anerkenntniß fordert keine schriftliche Form. Präj. des O. Trib. n. 2294. Entsch. Bd. 21 S. 192. Dasselbe muß aber dem Berechtigten gegenüber abgegeben sein. Die Verjährung wird z. B. nicht unterbrochen, wenn die Erben des Schuldners unter sich bei der Erbregulirung eine Forderung als bestehend anerkennen, falls der Gläubiger nicht zugezogen ist, ebensowenig dadurch, daß der Verpflichtete die Abtragung der ihm obliegenden Schuld einem Dritten auftrug, der dies unterließ und auch dem Gläubiger keine Kenntniß jenes Auftrags gab. Anders Präj. des O. Trib. n. 1646. — Das Anerkenntniß muß das Recht, welches anerkannt werden soll, bestimmt bezeichnen, aber den Betrag der geschuldeten Summe muß es nicht nothwendig angeben. Simon Rechtsspr. Bd. 1 S. 79, Sommer Ulrichs Archiv Bd. 6 S. 270.

5) Natürlich hat die Zinszahlung der Gläubiger zu beweisen, welcher behauptet, daß durch dieselbe die Verjährung der Kapitalschuld unterbrochen sei. Die entgegengesetzte Ansicht von Savigny Bd. 5 S. 309 ist unrichtig.

6) L. R. I, 9 § 551 ff.

7) R. C. P. O. § 239. Ueber Erhebung der Klage siehe oben § 130 Anm. 9. Schuldhafte Verzögerung der Terminsbestimmung durch den Richter hindert den Fortlauf der Verjährung nicht, R. G. Bd. 22 S. 316.

Jahresfrist nach erfolgter Zurückweisung.[8] Eine nicht gehörig substantiirte und in Folge dessen zurückgewiesene Klage reicht aus, sofern in derselben der Anspruch im Allgemeinen bezeichnet ist,[9] desgleichen eine verfrühte und zur Zeit abgewiesene.[10]

Ob und welche gerichtliche Schritte außer der Klageerhebung die Verjährung jetzt noch unterbrechen, ist bestritten.

Die romanistische Theorie bestimmt viele Schriftsteller, schlechthin Klageerhebung für die Unterbrechung zu fordern. Dem Grundgedanken des Landrechts aber entspricht es, dem andern Theil zugestellte gerichtliche Protestation genügen zu lassen, denn die Klaganmeldung, welche nach Landrecht die Verjährung unterbrach, that dies lediglich wegen ihrer Eigenschaft als gerichtliche Kundbarmachung des Anspruches, da die Klaganmeldung eine Verfolgung des Anspruches noch nicht bildete. Auch bezeichnet das Landrecht die gerichtliche Protestation als ein allgemeines Mittel zur Wahrung des Rechtes gegen nachtheilige Folgen.[11] Wenn dasselbe nun besonders ausspricht, daß eine bloße außergerichtliche Erinnerung für sich allein noch nicht hinreichend sei, die Verjährung durch Nichtgebrauch zu unterbrechen,[12] so liegt hierin im Zusammenhang mit jenem Grundsatz eine Hindeutung darauf, daß gerichtliche Protestationen hierzu genügen. Auch hat es in einem Rechtssystem, welches negative Feststellungsklagen kennt, durch welche der angeblich Verpflichtete den Protestirenden zur gerichtlichen Ausführung seiner Ansprüche nöthigen kann, nichts Bedenkliches, die bloße Protestation des Berechtigten zur Unterbrechung der Verjährung genügen zu lassen; es wäre vielmehr unzweckmäßig, zur Klage behufs Unterbrechung der Verjährung zu drängen zu einer Zeit, wo sie von beiden Theilen nicht gewollt ist.[13]

8) L. R. I, 9 § 552 ff. Dies, soweit nicht nach R. C. P. O. §§ 249, 467 der Rechtsstreit anhängig bleibt, Eccius Bd. 1 § 57. — Gemeinrechtlich ist bekanntlich die Frage sehr bestritten. Die herrschende Ansicht verneint sie, vgl. aber Dernburg Pand. Bd. 1 § 146 Anm. 6, R. G. Bd. 24 S. 201. Auch nach code civ. Art. 2245 unterbricht die Ladung vor den unzuständigen Richter die Verjährung. Es hing dies historisch damit zusammen, daß nach dem älteren französischen Verfahren der unzuständige Richter selbst die vor ihn gebrachte Sache dem zuständigen zustellen mußte, so daß der Prozeß vor dem zuständigen Richter als eine Fortsetzung des ersten Prozesses behandelt wurde. Dies ist freilich im code de procédure nicht aufgenommen; daher besteht eine Streitfrage unter den französischen Schriftstellern, wie lange die Unterbrechung dauert.

9) Dies trotz L. R. I, 9 § 557, da hier an Abweisung angebrachtermaßen nicht gedacht ist, welche die Redaktoren des L. R. als dem Instruktionsverfahren zuwiderlaufend erachteten. Die neue Verjährung läuft von der Rechtskraft des abweisenden Erkenntnisses an. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 79 S. 8.

10) Striethorst Archiv Bd. 46 S. 234.

11) L. R. I, 14 § 466 ff. vgl. oben § 84.

12) L. R. I, 9 § 561. Für die erwerbende Verjährung ist die Unterbrechung durch gerichtliche Protestation ausdrücklich anerkannt L. R. I, 9 § 603.

13) Für die Unterbrechung der Verjährung durch gerichtliche Protestation hat sich das O. Trib. in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 6. Juni 1853 Entsch. Bd. 25

Folgerecht muß auch Zustellung einer Streitverkündung an denjenigen, gegen welchen man seinen Rückgriff zu nehmen beabsichtigt,[14] ferner die Benutzung des Anspruches zu einer Einrede, insbesondere zu einer Kompensationseinrede,[15] endlich die Erhebung der positiven Feststellungsklage zur Unterbrechung der Verjährung genügen.

S. 334 ausgesprochen, vgl. auch R. O. H. G. Bd. 12 S. 234. Hiernach ist der Vorbehalt eines weiteren Anspruches in einer Klage hinreichend. So Entsch. des O. Trib. Bd. 43 S. 92, R. O. H. G. Bd. 12 a. a. O., dagegen Striethorst Archiv Bd. 67 S. 29, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 453. Gegen die Unterbrechung durch Protestation Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 63. Daß die dem Gegner nicht mitgetheilte Protestation nicht genügen kann, habe ich schon in der früheren Auflage nach L. R. I, 14 § 467 und der Natur der Sache zugegeben. Dagegen ist die Unterbrechung durch mitgetheilte Protestation festzuhalten. Das Princip von L. R. I, 14 § 466 wird auch keineswegs in § 468 als auf die Verjährung unanwendbar bezeichnet, im Gegentheil dort auf die weitere Durchführung hingewiesen.

14) Bezüglich der Verjährung des Anspruches aus dem Wechsel erkennt Art. 80 der W. O. an, daß die vom Beklagten geschehene Streitverkündigung die Stelle der Klage vertritt. Dem gemeinen Recht ist ein entsprechender Rechtssatz fremd; für das preußische Recht wird aber die Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündigung mit Recht bejaht vom O. Trib. im Plenarbeschluß vom 6. Juni 1853, Präjudiz n. 2451, Entsch. Bd. 26 S. 325 ff., sowie vom R. O. H. G. Bd. 11 S. 289, und zwar allgemein ohne Beschränkung auf eine vom Beklagten ausgehende Streitverkündung, dagegen freilich R. G. Bd. 24 S. 211. Küntzel bei Gruchot Bd. 21 S. 471 ff. geht davon aus, daß die Litisdenunciation als eine Klaganmeldung anzusehen sei. Da nun die Civilprozeßordnung die bisherige Wirkung der Klaganmeldung an die Klagerhebung knüpfe, sei die Möglichkeit weggefallen, einer analogen Erweiterung des Begriffes der Klaganmeldung noch diese Wirkung zu erhalten. Dem tritt Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 55 bei. Dies wäre aber nur begründet, wenn die R. C. P. O. in § 239 die Unterbrechung der Verjährung durch Klaganmeldung um deswillen beseitigt hätte, weil sie das hierin liegende Princip des Verjährungsrechts verworfen hätte. In Wirklichkeit lag der Grund nicht darin, daß man das Institut der Verjährung umgestalten wollte, sondern daß die neue Prozeßordnung den prozessualischen Akt der Klaganmeldung beseitigte. Der Grundsatz aber, welcher dahin führte, die Klaganmeldung als Unterbrechungsakt aufzufassen, ist nicht dadurch beseitigt, daß der besonders hervorgehobene Fall nicht mehr vorkommt. Die Streitverkündung nicht als Unterbrechung anzuerkennen, wäre zudem in praktischer Hinsicht ein offenbarer Rückschritt. — Streitig ist noch, wann nach der Streitverkündung die neue Verjährung beginnt; nach dem R. O. H. G. Bd. 11 S. 289 geschieht dies mit Einlegung der Streitverkündung, nach dem O. Trib. Bd. 78 S. 263 wohl richtiger mit der Rechtskraft des im Hauptprozesse ergehenden Erkenntnisses, denn der Hauptprozeß wird durch die Streitverkündigung ein Stück des Verfahrens gegen den Litisdenunciaten, und der Litisdenunciant ist nichts weniger als negligens, wenn er eine selbständige Klage gegen den Litisdenunciaten vor Erledigung des Vorprozesses nicht anstellt, vgl. Küntzel a. a. O.

15) Anders Savigny Bd. 5 S. 321, vgl. Dernburg Kompensation 2. Aufl. S. 543. Für das römische Recht ist die Ansicht Savignys, für das Landrecht aber die entgegengesetzte Ansicht richtig. Einverstanden R. O. H. G. Bd. 12 S. 234. Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 59 widerspricht. Die Verjährung werde durch Erhebung des Kompensationseinwandes nicht unterbrochen, weil durch denselben die bezügliche Gegenforderung nicht rechtshängig werde. Doch unrichtig und unbewiesen ist, daß die Unterbrechung der Verjährung dadurch bedingt ist, daß der Anspruch rechtshängig gemacht wird. Eccius führt weiter aus, die Kompensationseinrede könne für den anhängigen Prozeß durch die Replik der Verjährung nicht beseitigt werden, wenn die Verjährung nicht schon vor der Fälligkeit der Klagforderung vollendet gewesen sei. Einen Grund, sich so den Folgerungen der eigenen Ansicht zu entziehen, hat er nicht beigebracht; sie sprechen aber freilich

Namentlich aber unterbricht jedes nach der C. P. O. zulässige Verfahren behufs Beitreibung des Anspruchs die Verjährung, daher auch Anhängigmachen eines schiedsrichterlichen Verfahrens,[16] Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren.[17]

Die Unterbrechung ist nicht, wie man behauptet hat, bedingt dadurch, daß die Sache rechtshängig bleibt, weil eben das Moment der Protestation in das Gewicht fällt, welche nicht ungeschehen ist, wenn die Rechtshängigkeit aufhört.[18]

Die Verjährung einer Konkursforderung wird durch deren Anmeldung im Konkursverfahren unterbrochen.[19]

Theilweise Ausübung einer Befugniß reicht zu ihrer Wahrung in ihrem gesammten Umfange hin,[20] da man im Zweifel in ihr eine Kundgebung der auf Erhaltung des Gesammtrechts gerichteten Absicht zu erblicken hat. War jedoch ersichtlich eine derartige Absicht bei dem Handelnden nicht vorhanden, so

---

genugsam gegen dieselbe. Und warum den Beklagten zur Wiederklage drängen? Wir würden hierin einen Formalismus sehen, den die preußische Rechtsprechung entsprechenderweise überwunden hat.

16) Dies gilt auch für das Verfahren vor der s. g. ersten Abtheilung der Kommission zur Regulirung der Bergschäden — oben § 142 Anm. 1 — vgl. Daubenspeck Regulirung der Bergschäden S. 87, 74, 70, 69.

17) R. G. Bd. 24 S. 197.

18) Nach Landrecht blieb die Unterbrechung der Verjährung durch Klaganmeldung bestehen, auch wenn die Klaganmeldung nicht verfolgt wurde. L. R. I, 9 § 554. Eccius Bd. 1 § 57 S. 349 ff. behauptet dagegen, daß die Unterbrechung der „Klagverjährung" von der R. C. P. O. als materielle Wirkung der Rechtshängigkeit anerkannt werden sollte und daß, wenn die Rechtshängigkeit hinterher vor dem rechtskräftigen Erkenntniß erlösche, die Unterbrechung als nicht geschehen anzusehen sei. Hiernach würde die Unterbrechung durch Klage in Folge ihrer Zurücknahme, ferner die nach R. C. P. O. §§ 637, 641 durch den Zahlungsbefehl des Mahnverfahrens bewirkte Unterbrechung wieder ex tunc beseitigt. Dies Alles soll aus R. C. P. O. § 243 zu schließen sein, da R. C. P. O. § 239 „die bisher an die Anmeldung der Klage geknüpften Wirkungen mit der Erhebung der Klage eintreten läßt, also mit der Prozeßhandlung, welche die Rechtshängigkeit der Streitsache begründen." Das Gewagte und Unzutreffende eines solchen Schlusses ist offensichtlich. Knüpft sich auch an die Erhebung der Klage Rechtshängigkeit, so ist damit nicht ausgesprochen, daß alle Wirkungen, die sich an die Erhebung der Klage knüpfen, Wirkungen der Rechtshängigkeit sind. Im Gegentheil unterscheidet R. C. P. O. § 239 Satz 2 die Wirkung der Rechtshängigkeit von den übrigen Wirkungen, welche sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes an die Anstellung, Anmeldung u. s. w. der Klage knüpften. Nach gemeinem Recht knüpfte sich auch bisher an die Klaginsinuation die Rechtshängigkeit der Klage wie die Unterbrechung der Klagverjährung. Doch wurde diese Unterbrechung nicht um deswillen als Folge der Rechtshängigkeit angesehen. Es ist daran festzuhalten, daß die R. C. P. O. grundsätzlich nur bezweckte, prozeßrechtliche Vorschriften zu geben und in das materielle Recht nur soweit eingreift, als dies unumgänglich war, daß sie daher namentlich nicht bezweckte, die Lehre von der Verjährung weiter umzubilden, als dies durch ihren Mechanismus bedingt war. Vgl. Aschrott bei Gruchot Bd. 28 S. 618 ff., 631 a. E. ff., 649.

19) R. K. O. § 13, unten Bd. 2 § 114 Anm. 24.

20) L. R. I, 9 § 570. Es gilt dies z. B., wenn eine Hütungsgerechtigkeit auf einer ganzen Feldmark ruhte und die Verjährungszeit hierdurch auf einzelnen Grundstücken nicht ausgeübt wurde. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 15. — Zur Beschränkung

erhält sich dessen Recht nur in dem Umfange, in welchem es ausgeübt wurde.[21] Entspringen aus einem Rechtsgrunde mehrere in sich verschiedene Befugnisse, so unterbricht die Ausübung des einen Rechtes die Verjährung des anderen nicht.[22]

Was die Frage anlangt, ob durch Geltendmachung eines Klaganspruchs die Verjährung konkurrirender Klagen desselben Berechtigten gegen denselben Schuldner unterbrochen wird, so ist sie zu bejahen, falls die mehreren Klagen nur mehrfache Wege zur Erreichung desselben praktischen Endzieles bilden.[23] Daher unterbricht die Anstellung einer bloß vorbereitenden Klage, z. B. auf Rechnungslegung, die Verjährung der Hauptklage; ferner genügt die Erhebung der Besitzesklage zur Erhaltung der petitorischen, endlich unterbricht auch die Klage auf Zinsen die Verjährung der Klage auf die Kapitalschuld. Wie aber, wenn derselbe Gegenstand aus verschiedenen Rechtsgründen, z. B. dieselbe Erbschaft zuerst auf Grund eines gesetzlichen Erbanspruchs und nach Ablauf der Verjährungszeit aus einem Testamente gefordert wird? Für die Unterbrechung spricht auch hier, daß es sich um dasselbe praktische Ziel handelt, welches in verschiedener Weise verfolgt wird.[24]

Inwieweit endlich kommt die Unterbrechung oder Hinderung der Verjährung zu Gunsten eines Mitberechtigten anderen Mitberechtigten zu Gute, und inwieweit wirkt eine solche Unterbrechung oder Hinderung, welche gegen einen Mitverpflichteten eintritt, auch gegen andere Mitverpflichtete? Das Landrecht bestimmt, daß bei mehreren Miteigenthümern untheilbarer, oder gemeinschaftlich besessener Sachen oder Rechte das, was in Ansehung des einen Mitberechtigten die Verjährung hindert oder unterbricht, in Ansehung solcher Sachen oder Rechte auch den übrigen zu Gute komme.[25]

---

des Rechtes bedarf es in solchen Fällen des Erwerbes eines Untersagungsrechts von der Gegenseite, vgl. L. R. I, 9 § 574.

21) L. R. I, 9 § 570 spricht zwar unbedingt aus: „wer einen Theil seines Rechtes ausübt, erhält dadurch das ganze Recht." Allein hierbei ist vorausgesetzt, daß die Absicht des Handelnden nicht auf eine beschränkte Bethätigung des Rechtes ging. Wer aber z. B. eine jährliche Abgabe von 20 zu fordern hatte, und die Verjährungszeit hindurch stets ohne Vorbehalt nur 10 annahm, hat das Recht auf das Mehr durch erlöschende Verjährung verloren, da jene Absicht hier offenbar nicht bestand. Vgl. Koch Kommentar zu L. R. I, 9 § 570. So auch Striethorst Archiv Bd. 97 S. 210. Siehe auch R. G. Bd. 10 S. 104.

22) L. R. I, 9 § 571.

23) L. R. I, 9 § 572. Nach der Feldpolizeiordnung vom 1. April 1880 § 70 wird demgemäß die Verjährung des Anspruches auf das Ersatzgeld unterbrochen durch Erhebung der Klage auf Schadensersatz.

24) Die Frage ist bestritten. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 27 S. 318. Jedenfalls steht ein Vorbehalt in der ersten Klage einer besonderen gerichtlichen Protestation gleich und erhält die zweite Klage, vgl. oben Anm. 13.

Andererseits unterbricht die Ausübung eines Rechtes gegenüber einem von mehreren Mitverpflichteten auch gegen die übrigen die Verjährung, falls die Verbindlichkeit Aller auf demselben Rechtsgrunde beruht;[26] es gilt dies insbesondere gegen Korrealschuldner[27] und Miterben.

Dagegen hindert die Unterbrechung gegenüber einem selbstschuldnerischen Bürgen[28] oder dritten Besitzer der verpfändeten Sache nicht die Verjährung gegen den Hauptschuldner, und umgekehrt verjährt der Anspruch gegen den Drittbesitzer der Pfandsache, wenngleich die Verjährung gegen den Hauptschuldner unterbrochen wurde. Denn es handelt sich hierbei nicht um ein einziges Recht, welches Mehrere gemeinsam und gleichmäßig verpflichtet, sondern um verschiedene Berechtigungen gegen Mehrere.[29] [30]

Die unterbrochene Verjährung beginnt von neuem, sowie das unterbrechende Ereigniß in die Vergangenheit getreten ist. Geschah die Unterbrechung durch Anerkenntniß, so läuft sie daher wieder von dessen Abgabe an; im Falle einer Zinszahlung beginnt die neue Verjährung von der Zahlung ab, nicht, wie man behaupten wollte, von Fälligkeit des nächsten Zinstermins.[31]

---

25) L. R. I, 9 § 575. An und für sich wäre dies wohl nur für den Fall der Untheilbarkeit des Rechtes anzunehmen, wovon der Fall l. 10 pr. D. quemadmodum serv. am. 8, 6 ein Beispiel giebt. Schon Justinian aber hat bestimmt, daß bei mehreren Korrealgläubigern „ex uno eodemque contractu" die Unterbrechung zu Gunsten oder zum Nachtheil des Einen für und gegen Alle wirkte. l. 5 C. de duobus reis 8, 40. Vgl. übrigens Striethorst Archiv Bd. 97 S. 326.

26) L. R. I, 9 §§ 576—577, vgl. § 578 bezüglich der Gemeinden.

27) L. R. I, 5 § 440, aber auch § 438; vgl. R. G. Bd. 22 S. 321; unten Bd. 2 § 49 bei 2. Die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft wird durch Rechtshandlungen gegen die Gesellschaft oder die übrigen Gesellschafter nicht, wohl aber durch solche gegen die Liquidatoren unterbrochen, H. G. B. Art. 148, R. G. Bd. 10 S. 9; über die Unterbrechung der Klagen gegen die Genossenschafter einer wirthschaftlichen Genossenschaft vgl. Reichsgesetz vom 1. Mai 1889 § 117 Abs. 2. Es gilt der Satz des Textes nicht bei mehreren Wechselschuldnern, auch wenn dieselben korrealverpflichtet sind — vgl. unten Bd. 2 § 47 — in Folge des Art. 80 der W. O., siehe R. O. H. G. Bd. 19 S. 311, unten Bd. 2 § 252 bei Anm. 28.

28) Vgl. übrigens unten Bd. 2 § 247 Anm. 6 a. E.

29) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 945. Das Obertribunal hat zunächst für gemeines Recht anerkannt, daß die Verjährung der persönlichen Verbindlichkeit des Schuldners durch die Verfolgung des Hypothekenrechts von Seiten des Gläubigers gegen den dritten Besitzer des Pfandgrundstückes nicht unterbrochen werde, Präj. n. 219. Dagegen nahm, wie es scheint, jenes Gericht folgewidrig an, es werde durch die von dem dritten Besitzer der Pfandsache geleistete Zahlung der Zinsen die Klagenverjährung auch in Beziehung auf den persönlichen Schuldner unterbrochen. Dies soll selbst nach gemeinem Rechte richtig sein. Plenarbeschluß vom 2. Mai 1842, Präj. n. 1127, Entsch. Bd. 8 S. 13 ff.; für den Plenarbeschluß Koch zu L. R. I, 5 § 439, Gruchot Bd. 7 S. 607, Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 81, vgl. aber Entsch. Bd. 9 S. 226 ff. Daß das Anerkenntniß des persönlichen Schuldners die Verjährung von Zinsen gegen den Hypothekenschuldner nicht unterbreche, erkennt das Obertribunal an S. 68 S. 272.

30) Unterbricht die Eigenthumsklage gegen den Nießbraucher zugleich die Verjährung gegen den vollständigen Besitzer der Nießbrauchsache? Auch dies ist wohl zu verneinen, wenn derselbe nicht zum Prozesse zugezogen wurde.

Was die Unterbrechung durch gerichtliche Schritte betrifft, so war die Klageverjährung des römischen Rechtes mit einmaliger Erhebung der Klage für immer ausgeschlossen; als Ersatz schuf dasselbe deshalb die sogenannte Verjährung der Litispendenz, welche den liegengebliebenen Klaganspruch nach 40 Jahren unwirksam machte.[32] Gemäß Landrecht hingegen beginnt nach erhobener Klage die gewöhnliche Verjährung aufs neue von dem Tage an, mit welchem der Kläger den Prozeß hätte fortsetzen können und sollen.[33]

Ist der Beklagte verurtheilt, so beginnt für ihn eine neue Verjährung mit Ablauf eines Jahres nach der Rechtskraft oder, wenn es sich um noch nicht fällige Leistungen handelt, mit dem im Urtheil festgesetzten Erfüllungstage.[34]

Die Zeit der neuen Verjährung ist der ursprünglichen gleich. Gegenüber der Urtheilsobligation aber, welche dem Anspruche ein neues Wesen verleiht, ist stets die Zeit von 30 Jahren erforderlich.[35] [36]

§ 169. Wirkung der erlöschenden Verjährung.

Die Wirkung der erlöschenden Verjährung ist Aufhebung des verjährten Rechtes.[1]

Diese Aufhebung suchten gemeinrechtliche Schriftsteller dadurch zu rechtfertigen, daß ein Anspruch, welcher die Verjährungszeit hindurch nicht ausgeübt wurde, der Vermuthung nach bereits getilgt sei, wenn auch der Beweis hierfür, z. B. in Folge Verlustes der Quittung, nicht mehr möglich sei. Praktische Folge hatte indessen das gemeine Recht diesem Gedanken nicht gegeben. Namentlich ließ man den Gegenbeweis, daß in der That die Schuld noch ungetilgt sei, nicht zu. Dies deshalb, weil der wesentliche Grund der

---

31) Vgl. Ulrich Archiv Bd. 8 S. 258. Anders Savigny Bd. 5 S. 306 von dem Standpunkte aus, daß zum Beginne der Verjährung Rechtsverletzung nöthig sei, oben § 167 z. A.

32) l. un. Cod. Theod. de act. certo temp. 4, 14. l. 9 C. de praescr. XXX. ann. 7, 39. Linde in der Gießener Zeitschrift Bd. 2 S. 153 ff.

33) L. R. I, 9 §§ 554. 555. Es gilt dies auch für den Fall der Zurücknahme der Klage. Ueber R. C. P. O. § 243 vgl. oben § 131 Anm. 9. — Hinsichtlich des Wiederbeginns der durch Streitverkündung unterbrochenen Verjährung siehe oben Anm. 17.

34) L. R. I, 9 § 558 ff. Vollstreckungshandlungen gegen den Schuldner unterbrechen die neue Verjährung. Selbst Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 74 ist geneigt, dies „in entsprechender Anwendung des von der erhobenen Klage handelnden Satzes" anzunehmen. — Der Einwand der Verjährung gegen eine Urtheilsforderung ist durch Klage beim Prozeßgericht erster Instanz gemäß R. C. P. O. § 686 geltend zu machen.

35) Diese Rechtssätze spricht in specieller Anwendung aus Gesetz vom 31. März 1838 § 10, unten § 170. Sie wurden allgemein vom Obertribunal angenommen, während früher unter den Schriftstellern Meinungsverschiedenheit herrschte.

36) Ueber den gerichtlichen Vergleich vgl. Entsch. d. O. Trib. Bd. 18 S. 170, aber auch unten § 170 Anm. 14.

1) L. R. Einl. § 107. I, 9 § 501. I, 6 § 54.

Verjährung in dem Bedürfniß der Sicherung von Zuständen liegt, welche geraume Zeit hindurch ungestört bestehen.

Im Landrechte hat man aber die Vermuthung der Tilgung in eigenthümlicher Weise mit der Anforderung des guten Glaubens in Verbindung gesetzt. Das kanonische Recht hatte nämlich für jede Verjährung bona fides während der Verjährungszeit verlangt, indem es einseitig das subjektive Unrecht dessen, der im Bewußtsein seiner Verpflichtung zu verjähren suchte, betonte, hingegen das allgemeine Interesse der bürgerlichen Gesellschaft bei dem Verjährungsinstitute übersah.[2] Doch wurde auch nach kanonischem Rechte die Wirkung der Verjährung nicht dadurch nachträglich gestört, daß nach der Vollendung derselben bei dem Präskribenten Kenntniß des ursprünglichen Verhältnisses eintrat, da die vollendete Verjährung einen neuen Rechtszustand geschaffen hatte, so daß die Schwächen des früheren Zustandes gleichgültig wurden. Doch lag es nahe, wenn man das sittlich religiöse Bewußtsein besonders betonte, einen Schritt weiter zu gehen und die Verjährung nicht sowohl demjenigen zu versagen, welcher innerhalb der Verjährungszeit Kenntniß seiner Verpflichtung gehabt hatte, als vielmehr dem Beklagten, welcher zur Zeit des Vorschützens der Verjährungseinrede wußte, daß er im Grunde verpflichtet sei.

Diesen Gedanken aufnehmend, hat das Landrecht bestimmt, die in der Verjährung liegende Vermuthung der Tilgung der Schuld könne durch den vollständigen Beweis, daß der Beklagte unredlicher Weise und wider besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung derselben dennoch entziehen wolle, entkräftet werden.[3]

Doch die Praxis hat an die Führung dieses schwierigen Beweises unerschwingliche Anforderungen gestellt.[4] [5] In Folge dessen ist die Bestimmung todter Buchstabe geblieben.

---

2) Cap. 20, X. de praescr. 2, 26: „ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis."

3) L. R. I, 9 §§ 568. 569. Diese Bestimmungen fehlen in dem ursprünglichen Entwurfe, in welchem man praktischer Weise auf die bona fides des Schuldners keine Rücksicht nehmen wollte. Sie wurden erst im Laufe der Berathungen eingefügt auf Grund von Kave: de praescriptionibus § 133. Vgl. Gans über die bona fides bei der Verjährung, Beiträge Bd. 1 S. 28, Savigny Bd. 5 § 246.

4) Insbesondere hat man Beweis durch Eideszuschiebung an den Verjährenden verschlossen. Einen Eid über das ganze Beweisthema läßt man nicht zu, weil er ein Urtheil über Thatsachen in sich schließt, vgl. R. C. P. O. § 410. Aber auch Eidesnormirung dahin, daß „die eingeklagte Schuld weder durch Zahlung noch auf eine andere Art berichtigt und überhaupt keine Thatsache eingetreten sei, wodurch sich das Schuldverhältniß verändert habe, auch der Beklagte vollständig hiervon unterrichtet sei", erachtete man nicht als schlüssig. Entsch. des O. Trib. Bd. 10 S. 107, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 117 und Bd. 34 S. 478. — R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 948 verlangt, daß

Freiwillig kann aber der Schuldner seine Verpflichtung, trotz der Verjährung, als nicht getilgt behandeln. Und zwar kann er dies vornehmlich durch ausdrückliches Anerkenntniß der verjährten Schuld, welches Schriftlichkeit verlangt, falls sie zur Begründung der Schuld erforderlich wäre.[6] Auch Erfüllung der verjährten Verbindlichkeit ist unantastbar, wenn der Erfüllende die Einrede der Verjährung kannte. Sie ist nicht als Schenkung, sondern als Tilgung zu behandeln. Nicht minder ist selbstschuldnerische Verbürgung sowie Stellung eines Pfandes durch Dritte wirksam, falls der Bürge oder der Pfandbesteller in Kenntniß der Verjährungseinrede in das Schuldverhältniß eintrat und dadurch die Schuld für sich anerkannte.

Gemeinrechtlich ist bekanntlich streitig, ob nach der Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, und zwar ist dies für das gemeine Recht in gewissem Maße zu bejahen.[7] Nach Landrecht tritt an die Stelle dieser Auffassung eben jener Satz, daß der Verpflichtete und daß auch Dritte die Schuld trotz der Verjährung als bestehend behandeln können.

Die Berücksichtigung der erlöschenden Verjährung durch den Richter ist, wie die von Einreden anderer Art, von deren Geltendmachung durch den Beklagten abhängig. Allerdings verlangte die allgemeine Gerichtsordnung,[8] daß der Richter bei der Instruktion des Prozesses von Amtswegen auf „Rechtsausflüchte", die aus der Geschichtserzählung des Klägers sich ergeben, insbesondere auch auf die Verjährung Rücksicht nehme. Allein dies war Folge der Untersuchungsmaxime der Gerichtsordnung, ist also weggefallen, seit der Prozeß nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime geführt wird.[9] [10] Die verbreitete gegentheilige Ansicht hätte nur Grund, wenn die Einrede der Verjährung der Verfügung der Parteien, insbesondere dem Verzicht entzogen wäre; dies wird selbst von Seite der Gegner nicht behauptet.

Erscheint daher der Beklagte im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht und ergiebt das Vorbringen des Klägers, daß die Verjährungszeit abge-

---

auch der Beweis geführt werde, daß sich der Schuldner „unredlicherweise" seiner Verbindlichkeit entziehen wolle. Dies wird nicht zu erbringen sein. — Vgl. ferner R. G. Bd. 19 S. 140 über die Nichtanwendbarkeit von L. R. I, 9 §§ 568. 569 auf H. G. B. Art. 146.

5) Die Bestimmung des L. R., daß der Beweis ein vollständiger sein müsse, hat nach dem Einf. Gesetz zur R. C. P. O. § 14 Ziff. 2 keine Bedeutung mehr.

6) R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1021, vgl. L. R. I, 9 § 564. Andere Auffassungen hat Koch Kommentar zu diesem Paragraphen. Daß eine solche Anerkennung Dritten, z. B. Bürgen, nicht schaden kann, darüber vgl. oben § 81 a. E.

7) Dernburg Pand. Bd. 1 § 158.

8) A. G. O. I, 9 § 11.

9) Entscheidungen des O. Trib. Bd. 33 S. 459 ff. Vgl. oben § 13 Anm. 8.

10) Gemeinrechtlich ist die Frage gleichfalls bestritten. Für die Berücksichtigung von Amtswegen waren unter Anderem die sächsischen Konstitutionen p. I, cap. 25. — Vgl. hiergegen Unterholzner Verjährungslehre § 138, auch code civil Art. 2223.

laufen ist, so ist Beklagter gleichwohl zu verurtheilen, wenn dasselbe an sich den Klageantrag rechtfertigt.[11] [12]

§ 170. Kürzere Verjährungsfristen. Gesetz vom 31. März 1838 insbesondere.

Die Gesetzgebung Preußens und des Reichs kennen zahlreiche kürzere Verjährungsfristen. Sie sämmtlich hier aufzuzählen, hätte kein wissenschaftliches Interesse.[1] Es bestehen aber zwei Gruppen kürzerer Verjährung, die auf allgemeineren Gesichtspunkten beruhen. Hiervon muß in diesem und dem folgenden Paragraphen gehandelt werden —.

Gewisse Schulden gelten in einem ordentlichen Haushalt als Last der laufenden Einnahmen; sie stehen gleichsam auf dem Jahresbudget des Einzelnen Daher werden sie in einem ordentlichen Haushalte entweder sogleich oder doch in kurzer Frist berichtigt, ja es liegt deren regelmäßige, baldige Abwickelung zur Erhaltung der Wirthschaft der Privaten im allgemeinen Interesse. Für solche Forderungen schuf in zweckmäßiger Weise das altfranzösische, in den code Napoléon aufgenommene Recht,[2] eine kürzere Verjährung, welche indessen nur die Vermuthung der Tilgung wirkt, so daß dem Gläubiger der Gegenbeweis durch Eideszuschiebung darüber, daß in Wahrheit Zahlung nicht erfolgt sei, offen gehalten wird.[3] Das preußische Gesetz vom 31. März 1838[4] entnahm dem französischen Rechte den Gedanken dieser kurzen Verjährung. Seinen Bestimmungen war jedoch mehr das allgemeine Interesse an rascher Abwickelung dieser Schuldverhältnisse, als die Ver-

11) R. C. P. O. § 296.

12) Anders bei der Befristung, vgl. oben § 165 a. Schl. Ueber die Wechselverjährung vgl. unten Bd. 2 § 252 zu 5 und R. G. Bd. 27 S. 78. 79. — Bezüglich der Beweislast oben § 128 bei Anm. 9.

1) Es gehört hierher die kurze Wechselverjährung, deutsche Wechselordnung Art. 77 ff. 100. Die wichtigsten kurzen Verjährungen des deutschen Handelsgesetzbuches sind die der Klagen wegen Mängel des Kaufgegenstandes in 6 Monaten, Art. 349, unten Bd. 2 § 147 zu 2, welche sich an entsprechende landrechtliche Bestimmungen anschließen, L. R. I, 5 §§ 343 und 344; die einjährige Verjährung gegen den Spediteur Art. 386 und Frachtführer Art. 408; die fünfjährige Verjährung zu Gunsten der Gesellschafter, nachdem sie nicht mehr bei der Gesellschaft betheiligt sind, Art. 146 ff. 172; vgl. ferner Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889. Eine zehnjährige Verjährung enthält das Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879, unten Bd. 2 § 132 zu 3a, eine fünfjährige das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 Art. 3, unten Bd. 2 § 292 bei Anm. 12.

2) Ordonanzen von Ludwig XII. von 1510 und 1512, coutumes de Paris Art. 125—127, und die Handelsordnung Ludwig XIV. von 1673 Art. 7. 8. 9. — Code civil Art. 2271—2277.

3) Code civil Art. 2275, wenigstens für die Verjährungen der Art. 2271 bis 2274.

4) Entgegengesetzte provinzielle Bestimmungen schließt aus Gesetz vom 15. April 1842. — Das Gesetz von 1838 wurde auf die gemeinrechtlichen Lande Preußens durch Gesetze vom 6. Juli 1845, vom 12. März 1860, vom 9. Februar und 13. März 1869 ausgedehnt.

muthung der Tilgung derselben maßgebend,[5] so daß man das Recht zur Eidesschiebung über nicht geschehene Tilgung, wie sie das französische Vorbild dem Gläubiger sichert, nicht in das Gesetz aufnahm.

Die Verjährung solcher, wie wir sie nennen, laufender Forderungen ist bald eine zweijährige, bald eine vierjährige.

1. Mit dem Ablaufe von 2 Jahren verjähren Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker[6] für Waaren und Arbeiten, ingleichen der Apotheker für Arzneimittel; jedoch nur gegenüber den Konsumenten. Ausgeschlossen sind daher Forderungen, welche in Bezug auf den Gewerbebetrieb der Empfänger entstanden sind.[7] [8]

In 2 Jahren verjähren ferner Forderungen der Gast- und Speisewirthe für Wohnung und Beköstigung, und von Schulen, Erziehungs-, Pensions- und Verpflegungsanstalten — nicht aber Krankenhäusern — für Unterhalt und Erziehung.

In derselben Zeit verjähren Forderungen von Fabrikunternehmern, Kaufleuten, Krämern, Künstlern und Handwerkern wegen der ihren Arbeitern geleisteten Vorschüsse, namentlich aber gewisse Lohnforderungen, deren sofortige Entrichtung durchaus gebräuchlich ist, wie die von Fabrikarbeitern, Handwerksgesellen, Tagelöhnern wegen ihres Lohnes, und die Honorarforderungen der Lehrer. Die Forderungen der Fuhrleute und Schiffer für „Auslagen" unterliegen zweijähriger Verjährung, wie deren Forderungen an „Lohn und Fracht".

---

5) In seiner einleitenden Begründung schickt freilich das Gesetz nur die Erwägung voran, daß bei solchen Forderungen, die bald berichtigt zu werden pflegen, aus der langen Dauer der Verjährungsfrist eine Unsicherheit des Rechtes entsteht.

6) Forderungen aus „Bauentrepriseverträgen" — im Gegensatz zur einfachen Werkverdingung — unterliegen der kurzen Verjährung nicht, vgl. R.G. Bd. 28 S. 232, siehe auch unten Bd. 2 § 199 bei Anm. 11. Hinsichtlich der Landwirthe hat das Gesetz eine Lücke.

7) Die Ausnahme tritt nicht bloß ein bei Waaren und Arbeiten, welche vom Empfänger in seinem Geschäfte weiter verarbeitet und verwerthet werden, sondern auch bei solchen, die den Zwecken seines Geschäftes mittelbar dienen, z. B. dem Bau seiner Fabrik, der Ausmöblirung seines Bureaus. Zum Gewerbe im Sinne des Gesetzes gehören die landwirthschaftlichen Nebengewerbe, vgl. R. G. Bd. 1 S. 267, Striethorst Archiv Bd. 50 S. 286, ferner Bergbau, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 952, sogar gewerbemäßige Verwerthung ihrer Kunstwerke durch Künstler, Gruchot Bd. 21 S. 851. — „Empfänger" ist nicht nothwendig der „Besteller", wie man aus R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1079 schließen könnte. Es ist die Person, zu deren Gunsten die Lieferung vertragsmäßig bedungen ist.

8) Die Vermuthung von H. G. B. Art. 274 greift ein; vgl. unten Bd. 2 § 9 Anm. 2. R.G. bei Gruchot Bd. 26 S. 439. Daß der als Gewerbetreibender Handelnde die bezüglichen Waaren, ohne daß dies beim Geschäftsschluß hervortrat, für seinen Privatgebrauch bestimmte, ist unerheblich, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1080.

2. In 4 Jahren verjähren gewisse andere Lohnforderungen, insbesondere die des Gesindes, der Handlungsgehülfen.

Ferner sind an 4 Jahre gebunden Gebührenforderungen für kirchliche Handlungen und die Ansprüche aller Personen, mit Ausnahme der Apotheker, welche wie Rechtsanwälte, Notare, Medicinalpersonen, Feldmesser öffentlich zur Besorgung gewisser Geschäfte bestellt oder wie Makler, Auktionatoren aus der Geschäftsvermittelung oder der Uebernahme von Aufträgen ein Gewerbe machen; auf Spediteure und Kommissionäre bezieht sich dies nicht.

Von besonderer Wichtigkeit ist, daß auch Rückstände an vertragsmäßigen Zinsen,[9] an Mieth- und Pachtgeldern, Alimenten,[10] Besoldungen, Pensionen und anderen periodischen Leistungen in 4 Jahren verjähren,[11] und dies selbst im Falle der Eintragung des Rechtes im Grundbuche.

Endlich verjähren Gerichten oder Verwaltungsbehörden zu entrichtende Kosten[12] [13] und nach dem Gesetze vom 18. Juni 1840 zur Hebung gestellte direkte und indirekte Steuern, welche im Rückstande verblieben oder kreditirt sind, in 4 Jahren beginnend mit Ablauf des Jahres, in welches ihr Zahlungstermin fällt.

---

9) Die kurze Verjährung betrifft nur „vorbedungene", d. h. vertragsmäßige Zinsen, also nicht Verzugszinsen. In Folge dessen entsteht die Frage, ob und wieweit, wenn der Schuldner in Verzug ist, nach der Verjährung der Vertragzinsen noch Verzugszinsen gefordert werden können. Ein Plenarbeschluß des O. Trib. hat sich dahin entschieden, Entsch. Bd. 12 S. 17, daß in solchem Falle die durch den Verzug veranlaßten „Mehrzinsen" der Verjährung nicht unterlägen, während die Zinspflicht „in Höhe der Vertragszinsen" erloschen sei. Dem ist nicht beizutreten. Geräth der Schuldner einer verzinslichen Darlehensschuld in Verzug, so schuldet er richtiger Ansicht nunmehr die Zinsen aus doppeltem Grund, es muß dem Gläubiger also unbenommen bleiben, auf Grund des Verzugs die Zinsen, abgesehen von dem Zinsvertrag, einzuklagen. Denn dieser bildet einen selbständigen Nebenvertrag, durch welchen sich die Verpflichtung, welche durch den Verzug in der Leistung der Kapitalschuld entsteht, nicht ändern kann. Das Obertribunal stützt sich vornehmlich auf den Wortlaut von I, 11 § 827. „Sind weder Zinsen noch Konventionalstrafen vorbedungen, so muß dennoch der Schuldner Zögerungszinsen entrichten." Allein es erscheint als verkehrt, die Worte dieses Gesetzesparagraphen der Art zu pressen, daß man eine Verpflichtung der Zögerungszinsen nur für den Fall des unverzinslichen Darlehens annimmt; dann wären ja auch „Mehrzinsen" in Folge des Verzuges nicht geschuldet. In Wahrheit ist im § 827 nur gemeint: auch dann, wenn keine Zinsen bedungen waren, sind doch im Falle des Verzuges Zinsen zu leisten. Zu demselben Ergebniß gelangt R. G. Bd. 16 S. 183.

10) Die Verjährung von Alimenten, deren Betrag noch durch richterliches Ermessen festzustellen ist, beginnt erst mit deren rechtskräftigen Festsetzung, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1037.

11) Die Verjährung läuft auch, wenn die Höhe des Anspruchs noch nicht fest bestimmt ist, vgl. R. G. Bd. 24 S. 204.

12) Bei Gerichtsbehörden erwachsende Stempelgefälle werden zwar nach § 16 des Gesetzes vom 10. Mai 1851 wie Gerichtskosten verrechnet, unterliegen aber seit § 8 des Ausführungsges. vom 10. März 1879 zum Gerichtskostengesetz nicht der Verjährung der Gerichtskosten, verjähren also erst in 30 Jahren, Entsch. des Kammer-Gerichts Bd. 9 S. 153.

13) Ueber Erstattung der Prozeßkosten Seitens des Gegners vgl. § 16 des Gesetzes vom 30. Juni 1878.

Die zwei- und die vierjährige Verjährung fängt sonst mit Ablauf des letzten Decembers desjenigen Jahres an, in welchem die Schuld zahlbar wurde.[14] Nach Unterbrechung beginnt die kurze Verjährung von neuem, und zwar von der Unterbrechung an. Dagegen tritt die ordentliche Verjährung dann ein, wenn die Parteien an die Stelle der laufenden vertragsmäßig eine andere Forderung gesetzt haben. Wann dies der Fall, ist thatsächliche Frage. Es muß zugegeben werden, daß die einfache Ausstellung eines neuen Schuldscheins[15] dafür nicht entscheidet. Wurde aber bei solchen Gelegenheiten zugleich die Schuld zu einer verzinslichen gemacht oder auch nur einer Kündigungsfrist unterworfen, so ist die Absicht, die Schuld aus der Klasse der laufenden in die der ständigen Forderungen zu übersetzen, offenbar und es sollte daher, was freilich ein Obertribunalserkenntniß verneint, die ordentliche Verjährung eintreten.[16] Ferner entzieht die rechtskräftige Verurtheilung nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes die Forderung der kurzen Verjährung.[17]

Hat ein freiwilliger Geschäftsführer eine laufende Forderung erfüllt, z. B. die Mutter ihrem Kinde die von dessen unehelichem Vater geschuldeten Alimente geleistet, so erhält derselbe hiermit eine actio negotiorum gestorum, welche allerdings an sich nur der ordentlichen Verjährung unterworfen wäre. Es ist aber anzunehmen, daß der Schuldner sich eine ohne sein Wissen und Willen eintretende, ihm nachtheilige Veränderung seiner Schuld durch unberufene Dritte nicht gefallen lassen muß und daher gegen die Geschäftsführungsklage in diesem Falle dieselbe Verjährungseinrede hat, die ihm gegen die ursprüngliche Forderung zustehen würde.[18]

---

14) Nach § 5 des Gesetzes soll die Verjährung „mit" dem letzten December des Jahres anfangen. Nach der allgemeinen Zählungsweise des preußischen Rechtes und gemäß der offenbaren Absicht des Gesetzes wird dieser gleichwohl nicht eingerechnet. So auch Präj. des Obertribunals n. 1768. Dagegen eine Abhandlung von Holländer in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 523.

15) Nach französischem Rechte hört die kurze Verjährung zu laufen auf — code civil art. 2274 — lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obligation.

16) Präjudiz des Obertribunals, Entsch. Bd. 21 S. 36, Präj. n. 2295. Zwar ist richtig, daß sich das Obertribunal nicht ohne Schein auf die Grundsätze des Landrechts über Novation beruft I, 16 § 452 ff., wonach in zweifelhaften Fällen Novation nicht vermuthet werden und ein Schuldschein, ja die Umänderung in den Zahlungsterminen und die Verwandlung der zinslosen in eine zinsbare Schuld zur Novation nicht genügen soll. Wir behaupten aber, daß die Absicht der Novation dann, wenn zu den letztgedachten Umständen auch noch hinzukommt, daß es sich bisher um eine laufende Forderung handelt, eine unzweifelhafte wird und daß also jene Bestimmungen auf dies besondere Verhältniß nicht passen.

17) § 10 des Gesetzes vom 31. März 1838. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn das Urtheil die Verpflichtung, Alimente oder Abgaben zu entrichten, nur im Grundsatze feststellt. Dem Urtheil steht gleich gerichtlicher Vergleich — dagegen Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 45 —, wie auch die Feststellung im Konkurse durch Anerkennung des Verwalters. — Die neue Verjährung beginnt gemäß L. R. I, 9 § 554 ff., J. M. Bl. 1862 S. 126.

Inwieweit kommen Hindernisse der Verjährung, die in der Person des Berechtigten begründet sind, wie Minderjährigkeit, Unwissenheit, Abwesenheit, auch den kürzeren Verjährungen gegenüber in Betracht? Das Gesetz vom 18. Juni 1840 § 11 über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben bestimmt, daß die in demselben festgesetzten Fristen gegenüber Minderjährigen und unter Ausschluß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit laufen sollen.[19] Liegt hierin eine Besonderheit? Das Obertribunal faßt mit Recht diese Bestimmung als Ausfluß des allgemeinen Gedankens, daß bei allen kürzeren Verjährungen der hier behandelten Art bloß subjektive Behinderungen des Berechtigten nicht in Betracht kommen.[20] Dies im Interesse der Sicherheit des Verkehrs, welche einen Hauptzweck dieser Verjährung bildet. Das Gleiche gilt bei kürzeren Verjährungen der Reichsgesetze,[21] insbesondere bei der Wechselverjährung.[22]

Die kürzeren Verjährungen ruhen aber nothwendig, wenn dem Berechtigten in Folge Versagung des rechtlichen Gehöres unmöglich war zu klagen. Auch können sie gegen Militärpersonen, die während des Krieges ihre Standquartiere im Dienste verlassen haben, nicht beginnen.[23]

§ 171. Verjährung der Schadensansprüche.

1. Der römische Prätor unterwarf die von ihm aufgestellten Deliktsklagen einer kurzen Verjährung. Man fand die Verhängung einer Strafe nur dann zweckmäßig, wenn sie dem Vergehen auf dem Fuße folgte. Hieraus nahmen die Verfasser des Landrechts den Anlaß, eine kurze Verjährung von 3 Jahren für außerkontraktliche Schadensklagen einzuführen.[1] Bestimmend war ihnen außerdem die dem römischen Recht fremde Erwägung, daß die Ermittelung des Schadens nach längerer Zeit besondere Schwierigkeiten

18) Dies scheint auch Entsch. d. O. Trib. Bd. 44 S. 65 anzunehmen, vgl. ferner v. Diepenbroick-Grüter bei Gruchot Bd. 3 S. 1 ff.

19) Das Gesetz vom 31. März 1838 schwieg völlig über die Frage. Anders code civil Art. 2278.

20) Insbesondere hat Präj. des Obertribunals n. 1802 ausgesprochen, daß die kurzen Verjährungen des Gesetzes vom 31. Mai 1838 auch gegen Minderjährige und andere bevormundete Personen laufen. Die Berücksichtigung anderer subjektiver Hindernisse nach L. R. I, 9 §§ 531. 532 verwirft ferner die Entscheidung des Obertribunals Bd. 50 S. 100.

21) R. R. Bd. 10 S. 45. — Der Art. 149 des deutschen Handelsgesetzbuches bestimmt für die fünfjährige Verjährung zu Gunsten der Gesellschafter, daß dieselbe auch gegen Minderjährige und Personen mit den Rechten der Minderjährigen, und zwar unter Ausschließung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, laufen soll.

22) Vgl. unten Bd. 2 § 252 Anm. 21 und R. G. Bd. 27 S. 79.

23) Oben § 166.

1) L. R. I, 6 §§ 54. 55, vgl. Daubenspeck Haftpflicht d. Bergwerksbes. S. 95; über die Entstehungsgeschichte Suarez in der Schlußrevision Kamptz Jahrbücher Bd. 41 S. 7.

biete, daher möglichst zu beschleunigen sei. Die Verjährung soll von der Zeit an laufen, mit welcher der Beschädigte Wissenschaft, d. h. sichere Kenntniß, des Daseins des Schadens und des Urhebers der Beschädigung erhielt. Sie gilt auch dann als mit Ablauf der dreijährigen Frist vollendet, wenn die schädlichen Folgen der schadenbringenden Handlung später noch fortdauern oder sich in der Zukunft erneuern sollten, vorausgesetzt, daß sich dies voraussehen ließ.[2]

2. Die Praxis nahm vielfach aus dem historischen Anlaß des Gesetzes einen Grund, diese Verjährung auf Deliktsansprüche einzuschränken. Dies rief aber die Deklaration vom 31. März 1838 hervor, welche diese Einschränkung verwarf und die dreijährige Verjährung auf alle außerkontraktliche Beschädigungen bezog, sie mögen durch eine erlaubte oder unerlaubte Handlung entstanden sein.[3] [4] Dagegen soll nur die ordentliche Verjährung eintreten, soweit sich der Beschädiger mit dem Schaden eines Anderen einen Vortheil verschafft hat.[5] Daher denn im Falle einer Enteignung die Forderung auf Ersatz des gemeinen Werthes des enteigneten Gegenstandes der ordentlichen Verjährung anheimfällt, dagegen Entschädigungsansprüche wegen bei solcher Gelegenheit vorgekommenen Beschädigungen der dreijährigen Verjährung unterliegen.[6]

Auch die Deklaration legt die Praxis einschränkend aus.[7] Sie wendet dieselbe nur an, wo der Schadensersatz primärer Gegenstand der Verpflichtung ist, nicht wo ein bestimmtes Rechtsverhältniß schon besteht und sich nur aus der Verletzung desselben sekundär Schadensansprüche ergeben, z. B. im Falle der Störung eines Servitutberechtigten in Ausübung seines Rechtes durch Jemanden, den er mit der konfessorischen Klage auf das Interesse belangt.[8]

---

2) Plenarbeschluß vom 20. März 1846, Entsch. Bd. 13 S. 19. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 924 tritt dem Plenarbeschluß bei, wendet ihn aber nur auf den Fall an, daß die beschädigende Handlung abgeschlossen dasteht, jedoch neuen Schaden erzeugt, nicht aber auf den Fall, wenn in Folge einer dauernden Einrichtung, insbesondere einer Fabrik, fortgesetzt neue beschädigende Handlungen vorgenommen werden.

3) Vgl. die Motive der Deklaration in Löwenbergs Beiträgen Bd. 1 S. 139 ff.

4) Eine Anwendung macht das Berggesetz vom 24. Juni 1865 bezüglich der durch den Bergbau verursachten Schäden, unten § 271 Anm. 8.

5) Die Klage auf Entschädigung wegen Nachdruckes verjährt aber in drei Jahren einschließlich der Bereicherung, Bundesgesetz vom 11 Juni 1870 § 33, ebenso die nachgebildeten Klagen aus dem Urheberrecht. Anders aber das Patentgesetz vom 25. Mai 1877 § 38, siehe unten Bd. 2 § 312 Anm. 20.

6) Hiernach kann auch der Dieb hinsichtlich des Werthes der gestohlenen Sache die dreijährige Verjährung nicht ansprechen.

7) Plenarbeschluß des O. Trib. vom 6. September 1852, Präj. n. 2395, Entsch. Bd. 23 S. 241. Vgl. Entsch. Bd. 78 S. 147.

8) Das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 8 normirt eine zweijährige Verjährung der Entschädigungspflicht, siehe unten Bd. 2 § 301 bei Anm. 35.

§ 172. Verjährung der Einreden.

Der römischen Verjährung der Klage unterlagen Einredeberechte nicht, so daß unbedingt der Grundsatz galt: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.[1]

Zweifelhafter ist die Frage im neueren Rechte. Das Landrecht spricht sich über sie nicht aus. Allgemeine Erwägungen und die Praxis müssen entscheiden. Darnach kommen wir zu folgenden Ergebnissen:

a) Von einer Verjährung kann da keine Rede sein, wo ein Recht bloß im Wege der Einrede verwirklicht werden kann, z. B. die Berechtigung zur Vorschützung des Einwandes der Verjährung selbst. Denn die Möglichkeit der Geltendmachung desselben beginnt hier eben erst nach der Klagzustellung, deren Zeit der Klagberechtigte, nicht der Verpflichtete bestimmt.

b) Verjährung der Einreden ist dagegen denkbar, wenn dem Einredeberechtigten neben ihr eine Klage offen stand, durch welche im wesentlichen dasselbe Ziel, wie durch die Einrede erreicht werden kann.

Indessen würde derartige Verjährung nicht dazu führen, das Bestehende zu befestigen, wie dies im allgemeinen der Verjährungszweck ist, sondern einem Angriff gegenüber dem Bestehenden, der Klage, den Weg zu öffnen.

Ferner aber würde sie zur Klageerhebung drängen, während vielleicht sonst der Streit gar nicht zur gerichtlichen Erörterung käme, sondern von selbst einschliefe. Sie wäre also wenig zweckmäßig.

Als Regel wird daher von der preußischen Praxis die Unverjährbarkeit der Einreden mit Recht festgehalten.[2]

Doch hat das Gesetz eine Ausnahme bei Einwendung der Verletzung des Käufers über die Hälfte gemacht, welche an eine kurze Frist gebunden wurde, da diese Anfechtung wenig begünstigt ist.[3]

c) Es giebt Verjährungsgesetze, deren Hauptzweck ist, daß gewisse Thatsachen nur frisch und neu zur Verhandlung gebracht werden sollen, weil dieselben später nicht leicht mehr festzustellen sind, oder weil man die Betheiligten der Pflicht entheben will, wegen jenes Verhältnisses noch nach längerer Zeit Rede und Antwort zu geben und die sich hierzu erforderlichen Beweismittel zu erhalten. In solchen Fällen muß das Gesetz natürlich ebenso wie die Klage, so auch die Einrede ausschließen. Von diesem Gesichtspunkte aus hat das deutsche Handelsgesetzbuch eine kurze Verjährung der Einrede, wie der

1) l. 5 § 6 D. de doli except. 44, 4. Dernburg Pand. Bd. 1 § 150.

2) Entsch. des O.Trib. Bd. 1 S. 129 ff. Striethorst Archiv Bd. 11 S. 48. Entsch. Bd. 62 S. 200. Koch Forderungen Bd. 2 S. 398. Eccius Bd. 1 § 57. Vgl. unten Bd. 2 § 145.

3) Vgl. L. R. I, 11 § 68, siehe unten Bd. 2 § 136 Anm. 10.

Klage wegen der Ansprüche gegen den Verkäufer bei Mängeln der Kaufsache im Fall der Distancesendungen, ferner wegen der Ansprüche gegen den Spediteur und Frachtführer auf Grund des Verlustes, der Verminderung, der Beschädigung oder verspäteten Ablieferung des anvertrauten Gutes vorgeschrieben. Es bestimmt jedoch das Gesetz zur entsprechenden Ergänzung, daß diese Einreden schon durch eine einfache Anzeige an den Verpflichteten perpetuirt werden.[4]

III. Erwerbende Verjährung.[1]

§ 173. Gegenstand der erwerbenden Verjährung.

Während die römische Ersitzung nur den Erwerb von Eigenthum und dinglichen Rechten an körperlichen Sachen vermittelte,[2] erstreckt sich die landrechtliche erwerbende Verjährung auf Rechte jeder Art, an denen Besitz möglich ist. Sie hat also zum Gegenstande auch Rechte, welche nicht in einem Nutzungsrecht an körperlichen Sachen bestehen, z. B. ein Patronat.[3] Selbst persönliche Forderungsrechte können ersessen werden, insofern sie Anrecht auf fortdauernde Leistungen geben und des Besitzes fähig sind.[4] Jedoch erstreckt sich die Ersitzung nur auf privatrechtliche Befugnisse, so daß ihr öffentliche Rechte, z. B. das Marktrecht eines Fleckens, nicht unterliegen.

Gewisse Sachen und Rechtsverhältnisse sind der Ersitzung entzogen, entweder weil deren Erwerb überhaupt nicht zulässig ist,[5] oder aus besonderen in der Natur des Ersitzungsrechts liegenden Gründen.

---

4) Keller Pandekten § 92.

5) H. G. B. Art. 349. 386. 408, vgl. unten Bd. 2 § 147 zu 2, § 188 zu 4, § 206 zu 2b.

1) L. R. I, 9 § 579 ff. „Verjährung durch Besitz". Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 610 ff. Sie ist unmittelbare Erwerbsart, L. R. I, 9 § 5.

2) Zudem waren die Ersitzung des Eigenthums und die erwerbende Verjährung der Servitut den Römern wesentlich verschiedene Institute, da die erste Titel und bona fides des Erwerbers, die letztere lediglich Besitz nec vi, nec clam, nec precario zehn Jahre hindurch forderte.

3) R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 943 bejaht die weitere Frage, ob ein Mitberechtigter durch Verjährung ein Patronat ausschließlich erwerben kann. Miteigenthum ist begreiflich besitzbar, also auch ersitzbar. Vgl. Gruchot Bd. 8 S. 288. Kann das Erbrecht nach preußischem Rechte ersessen werden? Es hängt dies davon ab, ob man einen Besitz des Erbrechts annimmt, was im Sinne des Landrechts wohl zu bejahen wäre. Vgl. auch L. R. I, 9 § 667. Gruchot Bd. 8 S. 130 ff. Auch die Ersitzung eines Faustpfandrechts, welche das römische Recht nicht kannte, ist nicht unmöglich. Ersitzung der Befreiung von Marktstandsgeldern durch eine Gemeinde für ihre Mitglieder erkennt an O. Trib. Bd. 81 S. 14.

4) Oben § 160 bei Anm. 9, § 161 zu 1. Vgl. Plenarbeschluß vom 5. Februar 1849, Entsch. d. O. Trib. Bd. 17 S. 10. R. G. Bd. 2 S. 295. Ein affirmatives Recht kann hiernach auch als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des anderen Theils ersessen werden. Vgl. oben § 168 Anm. 2.

5) Vgl. L. R. I, 9 § 664.

1. Berechtigungen, welche der Gemeinheitstheilung unterliegen, der Ablösung unterworfene Reallasten, ablösbare ausschließliche Gewerberechte, sowie die Befreiung von der Deichpflicht, sollen nach der Absicht des Gesetzgebers allmälig aussterben. Um deswillen wurde ihre Begründung gesetzlich ausgeschlossen.[6]

2. Oeffentliche Sachen sind, so lange sie diese Eigenschaft haben, an Private nicht übertragbar und um deswillen nicht ersitzbar. Jedoch ist der Erwerb, daher auch die Ersitzung solcher Rechte an diesen Sachen möglich, welche mit deren öffentlichen Zwecken vereinbar sind, so beispielsweise von Nutzungsrechten an öffentlichen Plätzen oder Flüssen.[7] Der Ersitzung sind, obgleich sie an und für sich nicht öffentliche Sachen und veräußerlich sind, auch entzogen die Domainengüter des Staates, nicht aber einzelne Pertinenzen derselben. Doch begründet vierundvierzigjähriger Besitz die Vermuthung gehörigen Erwerbes.[8]

3. Ferner hemmt ein rechtsgültiges Veräußerungsverbot die Ersitzung, soweit dasselbe für Dritte Verbindungskraft hat.[9] [10]

4. Die Ersitzung kann Niemandem eine Befugniß verschaffen, zu deren Erwerb ihm die persönliche Fähigkeit fehlt; so kann der Angehörige fremder Konfession das Recht auf einen Kirchenstuhl nicht für sich ersitzen, da dasselbe nur einem Mitgliede der Parochie für seine Person zustehen kann.[11]

---

6) Vgl. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 164 und das sie ergänzende Gesetz vom 2. März 1850 Art. XII, Gesetz vom 2. März 1850 über Ablösung der Reallasten § 91 und dazu Entsch. des O. Trib. Bd. 69 S. 1 ff., preußische Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 § 11 und deutsche G. O. vom 1. Juli 1883 § 10, Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 § 16 Abs. 2. Da die Ersitzung nicht nur dazu bestimmt ist, neues Recht zu begründen, sondern häufig dazu dient, gehörig vollzogenen Erwerb, dessen Beweis verloren ist, gegen Anfechtung zu sichern, so bewirkt freilich diese Ausschließung der Ersitzung, daß nicht selten die bestbegründeten Rechte, deren Anerkennung sich rechtzeitig zu sichern man versäumte, wegen Mangels des Beweises zu Grunde gehen.

7) L. R. I, 9 § 581. R. G. Bd. 27 S. 253. Vgl. oben § 67. Daß an Kirchhöfen Weggerechtigkeiten nicht erworben werden, sagt die Entsch. des O. Trib. Bd. 66 S. 200 wohl nicht. Es verwarf nur den Anspruch gemeiner Gerechtigkeit, weil es „das beliebige Fahren oder Gehen über den Begräbnißplatz“ bei den besonderen thatsächlichen Verhältnissen nicht als mit dessen Bestimmung vereinbar erachtete, vgl. auch Eccius Bd. 3 § 177 Anm. 13. Ersitzung von Kirchensitzen und Erbbegräbnissen ist anerkannt. Entsch. des O. Trib. Bd. 61 S. 219.

8) L. R. II, 14 § 35 ff. Ueber Domainen siehe oben § 57 Anm. 1; vgl. unten § 179 Anm. 9. Koch Recht und Hypothekenwesen der preußischen Domainen S. 200 ff.

9) L. R. I, 9 § 582, I, 4 § 15 ff. und unten Bd. 2 § 134 Anm. 29.

10) Rechtshängigkeit begründet kein Veräußerungsverbot mehr, kann also der Ersitzung nicht entgegenstehen, mag der Erwerber den anhängigen Prozeß kennen oder nicht. Andererseits versteht es sich, daß das gegen den Rechtsvorfahr ergehende Urtheil auch gegen dessen Rechtsnachfolger, trotz dessen Ersitzung vollstreckt werden kann, wenn er zur Zeit der Vollendung derselben die Rechtshängigkeit der Klage kannte. Vgl. oben § 132 im Text nach Anm. 7. Nicht richtig daher Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 149, dagegen Windthorst in Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 207.

5. Das römische Recht entzog der Ersitzung die res furtivae und vi possessae von der Entfremdung bis zu dem Augenblicke, in welchem sie in die Gewalt ihres Eigenthümers zurückgekehrt waren.[12]

Das Landrecht hat diese Einschränkung nicht schlechthin zu beseitigen gewagt, aber sie wesentlich umgestaltet. Wer nämlich eine gestohlene oder gewaltsam weggenommene Sache zwar in gutem Glauben, aber aus erster Hand[14] von dem Diebe oder Gewaltthäter an sich gebracht hat, kann sie durch die gewöhnliche Ersitzung nicht erwerben,[15][16] offenbar, weil das Gesetz bei solchem Erwerbe eine Unvorsichtigkeit des Erwerbers unwiderleglich vermuthet.[17]

§ 174. Beginn der erwerbenden Verjährung.

Für den Beginn der erwerbenden Verjährung ist erforderlich Erwerb des vollständigen Besitzes in gutem Glauben und auf Grund eines Titels. Es dürfen auch keine Hindernisse vorhanden sein, welche dem Beginn der Verjährung im Allgemeinen entgegenstehen.[1]

1. Guter Glaube muß zur Zeit des Besitzerwerbes vorliegen. Daß er auch beim Abschluß des Rechtsgeschäftes bestand, welches den Titel der Besitzübertragung bildet, ist nicht unumgänglich.[2] Er darf nicht auf Rechtsirrthum oder sonstigem unentschuldbarem Irrthum beruhen.[3] Der gute Glaube besteht nicht, wie häufig behauptet wird, bloß negativ in Nichtkenntniß der wirklichen Mängel, sondern in der Ueberzeugung berechtigt zu sein.[4] Unredlich

---

11) Anders, wenn es sich um ein subjektiv dingliches Recht auf den Kirchenstuhl handelt. Vgl. L. R. II, 11 § 685. Entsch. des O. Trib. Bd. 60 S. 210. Striethorst Archiv Bd. 72 S. 17 ff.

12) Vgl. u. A. l. 4 § 6 D. de usur. 41, 3.

13) Wie dies der code civil Art. 2265 und das sächsische Civilgesetzbuch § 266 gethan haben.

14) L. R. I, 9 §§ 584. 585. Wie aber, wenn ein gutgläubiger Bevollmächtigter eines Diebes uns die Sache übertragen hat? Das Ersitzungshinderniß dürfte dann nicht eintreten. Daß dasselbe jedenfalls im Falle des Erwerbes in gerichtlicher Subhastation ausgeschlossen sei, hat das Obertribunal Entsch. Bd. 46 S. 22 erkannt.

15) L. R. I, 9 § 589. Es ist der Begriff des Diebstahls nach dem Strafgesetzbuch — keineswegs der römische — zu Grunde zu legen. Ueber die zulässige 40jährige Ersitzung siehe unten § 178 zu 2. Einen entschiedenen Gegensatz bildet Art. 307 des H.G.B., wonach, wer Papiere auf den Inhaber von einem Diebe, auch wenn dieser nicht Kaufmann ist, redlicherweise erwirbt, sofort Eigenthümer wird, also der Ersitzung nicht einmal bedarf, unten § 188 zu 2.

16) Wer seinen Vorgänger nicht angeben kann, hat in der Regel die Vermuthung gegen sich, er habe von einem Diebe oder Gewaltthäter erworben. L. R. I, 9 § 586.

17) Koch zu § 584 findet auf Grund der Aeußerungen von Suarez in § 584 eine bloße Beweisvermuthung.

1) Siehe oben § 166 Anm. 2.

2) Ueber das römische Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 220 Ziff. 4.

3) Doch ist dies bestritten und es giebt widersprechende Präjudikate des Obertribunals. Richtig auch Eccius Bd. 3 § 177 Anm. 22. Oben § 149 bei Anm. 18 u. 16.

4) Für das gemeine Recht hat dies namentlich Stintzing das Wesen der bona fides 1852 S. 57 ff. auszuführen gesucht. Anders Möllenthiel Natur des guten Glau=

ist daher auch, wer zwar vom Eigenthumsrechte, welches dem A. zukommt, nichts weiß, sich aber aus dem Grunde nicht für berechtigt hält, weil er glaubt, die von ihm besessene Sache gehöre dem B.[5]

2. Den Ersitzungstitel bildet ein **Ereigniß**, **welches an sich im Stande war, Eigenthum zu begründen,**[6 7] dies jedoch im gegebenen Fall nicht bewirkt hat, insbesondere, weil der Rechtsvorfahr Nichteigenthümer, oder doch nicht verfügungsfähig war oder weil es nicht zur Auflassung kam.[8]

Nach Landrecht ist, worüber die römischen Juristen stritten und was schließlich Justinian nur ausnahmsweise zuließ, auch der sogenannte **Putativtitel** anzuerkennen, nämlich **der auf Thatsachen gestützte entschuldbare Glaube,**[9] **daß eine Sache rechtsgültigerweise erworben sei**, ohne daß ein auf dieselbe bezüglicher Uebertragungsakt vorkam. Ein solcher Putativtitel liegt vor, wenn man eine Sache in dem entschuldbaren Glauben, sie sei

---

bens 1820. Der Ansicht von Stintzing will sich für das preußische Recht anschließen Eccius Bd. 3 § 177 Anm. 25. Dafür aber, daß der gute Glaube im Landrecht positiv zu nehmen ist, spricht der vulgäre Begriff der Redlichkeit, ferner die im vorigen Jahrhundert herrschende gemeine Ansicht, sowie die Aussprüche von Suarez bei Simon Bd. 3 S. 546. Es enthalten hiernach L. R. I, 9 §§ 618. 619 singuläre Bestimmungen. Nach der Fassung des code civil Art. 550 könnte man für das französische Recht geneigt sein, die Stintzingsche Theorie für richtig zu halten. Doch nehmen die französischen Schriftsteller die bona fides alle positiv.

5) Ueber den Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter vgl. oben § 154 zu 4.

6) Der Ersitzungsbesitzer hat seinen guten Glauben nicht besonders zu beweisen, L. R. I, 7 § 18, oben § 149 bei Anm. 21. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 946.

7) Ueber den Titel nach römischem Recht vgl. die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 220 Ziff. 3 Citirten.

8) Vgl. L. R. I, 9 § 579. Der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 15. Februar 1841 — Entsch. Bd. 6 S. 415 — hat sich dahin entschieden, daß unter dem L. R. I, 9 § 579 gedachten „an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel" ein solcher zu verstehen ist, welcher sowohl seinem materiellen Inhalte, als seiner Form nach zur Erwerbung des Eigenthums geeignet sei. Nach der Entwickelung, welche die preußische Jurisprudenz der Lehre vom Erwerb von Rechten an Grundstücken auf Grund mündlichen Vertrages gegeben hat, vgl. oben § 98 Anm. 18, kann jedoch dieser Plenarbeschluß mündliche Verträge über Grundstücke nicht mehr treffen. Denn der Rechtsvorfahr hat — z. B. im Fall mündlicher Einräumung einer Servitut — nur eine persönliche Rückforderungsklage wegen des Mangels der Schrift, welcher keine Ersitzung sondern nur die erlöschende Verjährung entgegentritt. Nur wenn man den Fall setzt, daß dieser Rechtsvorfahr Nichteigenthümer war, kann die Ersitzung überhaupt in Frage kommen, hier aber wird sie eine zehnjährige sein, da der Titel des Erwerbers an sich ein zureichender war, und dem andern Theil nur ein Anfechtungsrecht gewährte. Vergleiche die auf demselben Standpunkt stehende Abhandlung von Hagen in Ulrichs Archiv Bd. 7 S. 1 ff. Vgl. auch Eccius Bd. 3 § 177 S. 237, welcher bemerkt, „die Praxis hat an der formellen Giltigkeit des Titels festgehalten." Dies thut auch R. G. Bd. 27 S. 201.

9) Bei Gerechtigkeiten ist nicht ein vom Eigenthümer herrührender konstituirender Titel erforderlich, es genügt vielmehr jeder übertragende Titel, so wenn der Verkäufer eines Grundstückes seinem Abkäufer eine dazu gehörige Gerechtigkeit mitverkaufte, die in der That nicht bestand. Doch streitet man hierüber. Für unsere Ansicht R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1153, R. G. Bd. 16 S. 217, Göschel in Simons Zeitschrift Bd. 2 S. 207. Dagegen Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 409, Korte bei Gruchot Bd. 2 S. 401 auf Grund eines Erkenntnisses des Obertribunals.

mitverkauft, in Besitz nahm, obgleich sich auf sie das abgeschlossene Geschäft nicht bezog.[10] Auch ein Urtheil kann einen Putativtitel erzeugen, indem es den Glauben an den im Urtheil unrichtigerweise anerkannten Erwerb hervorruft.

Nach römischem Rechte konnte der Erbe, wenn er eine dem Erblasser nicht gehörige Sache in der Erbschaft vorfand, den Ersitzungsbesitz des Erblassers fortsetzen, nicht aber einen neuen beginnen, da die Erbschaft den Eigenthumserwerb von Sachen nicht zu vermitteln geeignet ist, welche dem Erblasser nicht gehörten. Nach Landrecht hingegen kann der Erbe, wenn er in der Erbschaft eine vom Erblasser unredlicherweise besessene oder innegehabte fremde Sache vorfindet, dieselbe ersitzen, falls er sie redlicherweise als der Erbschaft zugehörig ansah.[11] Es ist dies Folge der Berücksichtigung des Putativtitels, wie der römische Satz Folge der regelmäßigen Nichtachtung des bloß vermeintlichen Titels war.

Das preußische Recht kennt einige besondere Fälle anomaler Ersitzung, bei welcher Titel und guter Glaube nicht gefordert wird. Sie sind bei den bezüglichen Lehren zu besprechen.[12]

---

10) Gegen den Putativtitel hat sich u. A. erklärt Bornemann Bd. 2 S. 179, Eccius Bd. 3 § 177 Anm. 45, Arndts in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 310 Anm. 8; für denselben ist Baron Abh. aus dem preußischen Rechte S. 122 ff., Gruchot Bd. 7 S. 616. Der in Anmerkung 8 citirte Plenarbeschluß bestimmt nur über die Erfordernisse des wirklichen, nicht eines Putativtitels.

11) L. R. I, 9 §§ 614—617. Anwendungen finden sich L. R. I, 20 §§ 251 und 252. I, 21 § 97. Die Natur dieses Titels als bloßen Putativtitels wird nicht immer gehörig erkannt, was zu Mißverständnissen führen mußte. Gar kein Gewicht ist darauf zu legen, daß im § 617 von Sachen die Rede ist, „die im Nachlasse vorgefunden worden." Dennoch hat, auf diesen Ausdruck gestützt, ein Präjudiz des Obertribunals n. 817 unrichtigerweise angenommen, daß bloße Gerechtigkeiten nicht in solcher Weise vom Erben erworben werden könnten, dagegen hat das Präjudiz n. 2018 anerkannt, daß sich diese Ersitzung auch auf Grundstücke beziehe, welche der Erblasser durch mündlichen Vertrag oder sonst formlos erworben hatte. Eccius Bd. 3 § 177 Anm. 50 findet es willkürlich, daß ich auf die Worte „im Nachlaß vorgefunden" kein Gewicht lege. Nur hieran soll sich nach seiner Meinung ein ausnahmsweise wirksames bloßes Glauben des Erblassers knüpfen. Nach unserer Auffassung sind derartige argumenta a contrario beim L. R. in der Regel schlecht angebracht. Denn das L. R. hatte die Aufgabe, populär das Nächstliegende anschaulich hervorzuheben, und ist regelrecht nach diesem Gesichtspunkt auszulegen, oben § 10 bei Anm. 5 und 6. — Daß diese Putativersitzung auch eintreten solle, wenn der Erbe Kenntniß gehabt hatte, daß der Besitz des Erblassers ein unrechtfertiger gewesen sei, wie das Präjudiz n. 2359 bestimmt hatte, ist freilich schlechthin unhaltbar und denn auch Entsch. Bd. 25 S. 111 nicht festgehalten. Dagegen ist klar — Präjudiz des Obertribunals n. 1061 —, daß aus der Unredlichkeit des Erblassers an sich keine Vermuthung für die Unredlichkeit des Erben entspringt.

12) Es gehört hierher die anomale Ersitzung an einer Insel nach L. R. I, 9 § 257, siehe unten § 237 Anm. 15, außerdem die Ersitzung des Fensterrechts nach L. R. I, 8 §§ 142. 143, unten § 221 Anm. 11.

§ 175. Vollendung der Verjährung.

Die Verjährung des titulirten Besitzers vollendet sich innerhalb 10 Jahren,[1] und zwar gilt dies nicht nur, wie nach jüngstem römischen Rechte für Grundstücke, sondern auch für bewegliche Sachen, deren Eigenthum bekanntlich nach jenem Rechte in 3 Jahren ersessen wurde.[2]

Abwesenheit des bisher Berechtigten bewirkt, wie bei der römischen longi temporis praescriptio, eine Verlängerung der Ersitzungszeit. Jedes Jahr nämlich, während dessen sich derjenige, gegen welchen verjährt wird, außerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks der belegenen Sache befindet, zählt nur für 6 Monate, wogegen eine kürzere als jährige Abwesenheit nicht berücksichtigt wird. Die Anwesenheit bestimmt sich demnach nicht, wie im römischen Rechte, persönlich, also danach, ob die Parteien in derselben Provinz wohnten, sondern sächlich, je nachdem sich der bisherige Eigenthümer im Gerichtsbezirke seiner Sache aufhielt. Die verdoppelte Ersitzungszeit von 20 Jahren ist erforderlich gegenüber juristischen Personen.[3]

Wie ist die Dauer des Besitzes während der Ersitzungszeit zu beweisen? Das Landrecht hat die von gemeinrechtlichen Juristen aufgestellte Regel angenommen,[4] wonach der Besitz während der vollen Dauer eines Zeitraumes für erwiesen gilt, wenn derselbe für dessen Anfang und Ende vollständig nachgewiesen ist.[5] Für die Ersitzung von Rechten aber ist mindestens einmalige Ausübung in jedem Jahre darzuthun. Wird das Recht in einem Jahre gar nicht ausgeübt, so ruht die Verjährung.[6] Rechte jedoch, welche nicht regelmäßig ausübbar sind, können nach Landrecht nicht durch die ordentliche, auch nicht dreißigjährige, sondern nur durch ungewöhnliche Verjährung ersessen werden.

Zusammenrechnung des Ersitzungsbesitzes des Vorgängers mit dem des Nachfolgers — accessio possessionis des römischen Rechts — ist nach Landrecht für Sonder- und Gesammtnachfolger anerkannt. Erforderlich ist stets, daß der Nachfolger selbst in Folge seines guten Glaubens Ersitzungs-

---

1) L. R. I, 9 § 620 ff. Die Erwerbung vollendet sich mit Anbruch des letzten Tages des betreffenden Zeitraums. L. R. I, 3 § 46. Vgl. oben § 70 Anm. 10.

2) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

3) L. R. I, 9 § 624 —, falls sie nicht noch mehr privilegirt sind; s. unten § 178.

4) Olim et hodie possessor, interea possessor. Gemeinrechtliche Autoritäten für diesen Satz siehe bei Langen und Kori Abhandlungen Bd. 1 S. 15 Anm. 1, für denselben auch Puchta Pand. § 161. Vgl. ferner code civil Art. 2234.

5) L. R. I, 9 §§ 599. 600. Dies gilt auch, wenn der Zeitraum zwischen den beiden Besitzhandlungen länger ist, als die zur Vollendung der Verjährung gerade ausreichende Zeitfrist. So Präj. n. 2166, Entsch. Bd. 19 S. 140.

6) L. R. I, 9 § 596 ff. Dies nimmt Kori a. a. O. S. 20 auch als gemeinrechtlichen Satz an. Vgl. noch unten § 178 Anm. 12.

besitz hat.[7] Natürlich muß auch der Besitz unmittelbar vom Vorgänger auf den Nachfolger übergegangen sein. Doch wird die Zeit der ruhenden Erbschaft dem Erben wie nach römischem Rechte angerechnet.[8]

Die Ersitzung erstreckt sich räumlich wie rechtlich nur soweit, als der Besitz bestand. Eine Weggerechtigkeit z. B. wird nur in der thatsächlich benutzten Breite ersessen, und nicht nach dem Maße, welches das Gesetz für vertragsmäßig bestellte Servituten im Zweifel festgestellt hat.[9]

§ 176. Unterbrechung der erwerbenden Verjährung.[1]

1. Die erwerbende Verjährung wird natürlich wie nach römischem Rechte unterbrochen durch Verlust des Besitzes Seitens des Ersitzenden. Dies gestaltet sich aber nach preußischem Rechte um deswillen in befriedigenderer Weise als in Rom, weil der Besitz im Falle einer gewaltsamen, betrüglichen oder heimlichen Entsetzung noch nicht als verloren gilt.[2] Nicht in Betracht kommen bloße Störungen und Beunruhigungen des Besitzes. Daher unterbricht die Vornahme bloßer Privatpfändung gegen den Besitzer, falls dieser die Ausübung fortsetzt, die Ersitzung nicht, wie das Landrecht die alte Streitfrage entschieden hat.[3] [4] [5]

---

7) Nach römischem Rechte setzt der Erbe die Ersitzung fort, auch wenn er selbst nicht in gutem Glauben war. l. 43 pr. D. de usurp. 41, 3. Anders nach kanonischem Rechte.

8) L. R. 1, 9 § 616. Dies, falls kein Anderer sich in der Zwischenzeit des Besitzes bemächtigt hat. l. 20 pr. D. de usurp. 41, 3. Die Ersitzung vollendet sich sogar vor dem Erbschaftsantritt. l. 32 § 5 D. h. t. 41, 3. Vgl. aber § 166 bei Anm. 25.

9) L. R. I, 9 § 666 und unten § 298 Anm. 9, § 301 Anm. 5. Nach dem Grundsatze tantum praescriptum, quantum possessum. Präj. des Obertribunals n. 2319. Entsch. Bd. 21 S. 374. Der Umfang des Besitzes ist aber nicht mechanisch nach den einzelnen Besitzhandlungen, welche vorkamen, zu bemessen, vielmehr nach der durch sie bekundeten Absicht aus ihrer Totalität heraus zu bestimmen. Es steht also nicht im Widerspruch, daß — wie der Plenarbeschluß des O. Trib. vom 31. Januar 1848, Entsch. Bd. 16 S. 18, Präj. n. 1982 für gemeines Recht erkannt hat — die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Waldstreugerechtsame, deren Nutzungen den einzelnen Gemeindegliedern zukommen, im Zweifel auch auf den Bedarf der erst nach Beginn oder Vollendung der Verjährung hinzutretenden Mitglieder sich erstreckt. Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 85 ff.

1) L. R. I, 9 § 601 ff.

2) L. R. I, 7 § 96 ff., oben § 149 bei Anm. 4. Nach innern Gründen ist — ähnlich wie L. R. I, 9 § 602 —, der Besitz nur dann als in der Zwischenzeit fortgesetzt anzusehen, wenn der Ersitzende die Sache vom injustus possessor zurückerhält, vgl. code civil Art. 2243.

3) Für die Unterbrechung der Ersitzung waren die sächsischen Kostitutionen p. II const. 7, vgl. auch Berger oec. iur. II, 2 th. 26, wenn der Pfändende das Pfand an die Gerichte des Ortes der Pfändung ablieferte.

4) L. R. I, 9 § 612. Vgl. Präj. des O. Trib. n. 1798.

5) Vereinigung des dienenden und herrschenden Grundstückes in einer Hand unterbricht die Ersitzung einer Grundgerechtigkeit, da deren besonderer Besitz nicht mehr besteht. Entsch. Bd. 75 S. 52. Der Rechtsnachfolger in das herrschende Grundstück muß eine neue Verjährung beginnen.

2. Nachträglich entstehende Ueberzeugung des Ersitzungsbesitzers von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes, nicht aber ein bloßer sich erhebender Zweifel,[6] bewirkt nach dem Vorbilde des kanonischen Rechtes Unterbrechung der Ersitzung. Jene Ueberzeugung giebt sich insbesondere dadurch kund, daß der Besitzer das bessere Recht eines Dritten anerkennt.

3. Nach römischem Rechte störten, wenigstens ursprünglich, gerichtliche Schritte des bisherigen Eigenthümers die Ersitzung nicht unmittelbar, da dieselbe, ohne alle Rücksicht auf das Verhalten des Eigenthümers, sich durch den fortgesetzten Besitz vollendete.[7] Wohl aber war der Beklagte im Falle des Prozesses dem Kläger verpflichtet, die Sache nach Maßgabe des Rechtszustandes zur Zeit der Litiskontestation herauszugeben, ohne daß ihm die Vollendung der Ersitzung während des anhängigen Prozesses hierbei zu Gute kam. Abweichend ist der Gedankengang des preußischen Rechtes wie auch der älteren gemeinrechtlichen Doktrin.[8] Es gilt hiernach nämlich der Besitzer von Erhebung der Klage an als unredlich, so daß er fortan nicht mehr ersitzen kann. Das preußische Recht stellt ferner der Klage gerichtliche Protestation gleich,[9] welche aber Bekanntmachung an den Besitzer voraussetzt,[10] so daß die Ersitzung in der zwischen der Anmeldung und der erfolgten Bekanntmachung liegenden Zeit nicht vollendet werden kann.[11]

Besitzverlust unterbricht die Ersitzung nicht nur gegenüber demjenigen, der sich in den Besitz gesetzt hat, sondern schlechthin gegen Jeden.[12] Auch verliert, wer die Ueberzeugung von dem Rechte eines Andern zum Besitz zu gewinnen glaubt, obgleich nicht dieser, sondern ein Dritter der Berechtigte ist, diejenige Redlichkeit, welche zur Ersitzung gefordert ist.[13] Dagegen ist anzunehmen, daß die unbegründete Klage eines Nichtberechtigten dem

---

6) L. R. I, 9 § 611, vgl. I, 9 § 579 nach cap. ult. X. de praescr. 2, 26. Ueber Zweifel siehe oben § 149 bei Anm. 17.

7) So wenigstens bei der römischen usucapio l. 18, l. 21. D. de R. V. 6, 1. l. 2 § 21 D. pro emtore 41, 4. Die longi temporis praescriptio, ursprünglich Klagenverjährung, scheint freilich unter anderen Grundsätzen gestanden zu haben l. 1 C. de longi temp. praescr. 7, 33.

8) Vgl. L. R. I, 9 § 603 ff. Vgl. oben § 130 Anm. 10, siehe auch R. C. P. O. § 239, welche die Wirkung einer gerichtlichen Protestation nicht berührt, vgl. ferner R. C. P. O. § 190.

9) Es soll keinen Unterschied machen, ob die Klage oder Protestation blos gegen den Besitzstand oder auch gegen das Besitzrecht selbst gerichtet ist. L. R. I, 9 § 609. Hierdurch wird eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden. Siehe Unterholzner Verjährung Bd. 1 S. 445. Die Protestation durch den Gerichtsvollzieher gilt als gerichtliche.

10) Gehörige Ediktalcitationen vertreten die Stelle der Bekanntmachung. L. R. I, 9 § 608. Vgl. hierzu R. C. P. O. § 190.

11) L. R. I, § 604. Der Protestation stand bis zum 1. Oktober 1879 die Klaganmeldung gleich.

12) l. 5 D. de usurp. et usuc. 41, 3.

13) Siehe oben § 174 bei Anm. 5.

wirklich Berechtigten nicht zu Statten kommt, da die Fiktion der Unredlichkeit in Folge der Mittheilung der Klage nur zu Gunsten des Klägers gelten kann. —

Ist die Unterbrechung geschehen, so kann nur eine neue Ersitzung eintreten, ohne daß die Zeit, welche bis zur Unterbrechung verflossen ist, in Anschlag kommt. Diese neue Ersitzung beginnt im Falle des Besitzverlustes mit dem Wiedererwerb des Besitzes auch auf Grund des ursprünglichen Titels, im Falle nachträglichen bösen Glaubens mit dem Eintritt von Ereignissen, welche dem Besitzer wiederum die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes verschaffen. Ist aber die Unterbrechung durch Erhebung der Klage erfolgt, so genügt zum Wiederbeginn der Ersitzung nicht deren Zurücknahme.[14] [15]

§ 177. Die dreißigjährige erwerbende Verjährung.[1]

Nach einer Verordnung Justinians sollte derjenige, welcher dem Eigenthümer gegenüber eine dreißig- oder vierzigjährige Klagenverjährung vollendet hatte, falls er seiner Zeit gutgläubig in den Besitz gekommen war, das Eigenthum der besessenen Sache erlangen. Die Klagenverjährung war folglich hier das Primäre, an welche sich der Eigenthumserwerb durch die sogenannte außerordentliche Ersitzung sekundär anschloß. Daher waren für letztere die Erfordernisse der Klagenverjährung, nicht die der Ersitzung maßgebend. Die landrechtliche dreißigjährige erwerbende Verjährung[2] steht dagegen schlechthin unter den allgemeinen Grundsätzen der erwerbenden Verjährung. Sie dient weiter, wohin schon das gemeine Recht über das römische hinausgehend neigte, zur Ergänzung jeder Art von Ersitzung, also auch von Servituten und Rechten anderer Art, an welchen Besitz möglich ist.

14) Nur wenn der Kläger vor der Bekanntmachung an den Beklagten die Klaganmeldung zurückgenommen hatte, oder wenn die Protestation, ohne daß solche dem Beklagten mitgetheilt wurde, durch Dekret abgewiesen wurde und sich der Protestirende 30 Tage lang nach Erhaltung des Dekrets dabei beruhig hatte, sollte die Klaganmeldung oder Protestation wirkungslos sein. Dies ist offenbar der Sinn von L. R. I, 9 §§ 605. 606. Denn es folgt § 607: Ist hingegen die Klage oder Protestation dem Besitzer einmal gehörig bekannt gemacht worden, so kann dieser die dadurch unterbrochene Verjährung niemals wieder anfangen. Dennoch legt ein Erkenntniß des Obertribunals, Entsch. Bd. 42 S. 68 den § 607 so aus: „abgesehen von den Fällen des § 605 und § 606“ kann nach der Bekanntmachung die Verjährung nicht mehr anfangen! — Die Wirkung der Unterbrechung hört namentlich auch dann nicht auf, wenn eine possessorische Klage angestellt und zurückgewiesen wurde, falls der Kläger in dem darauf folgenden Petitorium siegt. L. R. I, 9 § 609. Vgl. Koch Pr. R. Bd. 1 § 154.

15) Ueber R. C. P. O. § 243 Abs. 3 vgl. oben § 131 Anm. 10.

1) l. 8 § 1 C. de praescript. XXX. ann. 7, 39. Dernburg Pand. Bd. 1 § 222.

2) L. R. I, §§ 625—629.

Erforderlich ist für die dreißigjährige Ersitzung,[3] daß der Ersitzende die Ersitzungszeit hindurch im juristischen Besitze der Sache oder des Rechtes war. Wer also in fremdem Namen oder als Zeitpächter eine Sache inne hat, kann auch innerhalb dieser längeren Frist nicht ersitzen.

Nicht nothwendig ist für die dreißigjährige Ersitzung, daß der Besitz auf Grund eines Titels erlangt worden sei.[4] Wohl aber wird Redlichkeit erfordert, und zwar nicht bloß, wie nach justinianischem Rechte, im Augenblicke des Besitzerwerbes, sondern, wie nach kanonischem Rechte, während der ganzen Verjährungszeit. Man streitet darüber, ob auch demjenigen, welcher auf Grund eines Rechtsirrthums sich für berechtigt hielt, dem sogenannten unrechtfertigen Besitzer, die dreißigjährige Ersitzung zu Gute komme. Die Bejahung hat den Zweck des Gesetzes für sich, welcher auf Befestigung langjähriger Zustände gerichtet ist, eine Wohlthat, welche man nur dem wirklich unredlichen Besitzer versagen muß; jedenfalls neigt sich zu dieser Ansicht die Praxis.[5]

Nach römischem Rechte erstreckt sich die außerordentliche Ersitzung auch auf die der ordentlichen Ersitzung entzogenen Objekte, falls dieselben nur überhaupt des Eigenthumserwerbs fähig waren. Nach Landrecht hingegen bezieht sich auch die dreißigjährige Ersitzung auf solche Gegenstände nicht.

IV. Die ungewöhnliche Verjährung. Das Normaljahr.

§ 178. Fälle der ungewöhnlichen Verjährung.[1]

Unter ungewöhnlicher Verjährung versteht das Landrecht jede Verjährung, deren Lauf mehr als 30 Jahre verlangt. Die einzelnen Fälle haben nichts innerlich Gemeinsames; sie gehören theils der erlöschenden, theils der erwerbenden Verjährung an. Bei der letzteren ist zwar Redlichkeit, aber kein Titel erforderlich. Die Fälle sind folgende:

---

3) Bei dieser Verjährung bedarf es keiner Verdoppelung der Zeit, wenngleich derjenige, gegen den sie sich richtet, abwesend gewesen ist. L. R. I, 9 § 626.

4) L. R. I, 7 §§ 625. 628. Vgl. oben § 174 Anm. 8, § 98 zu 3.

5) Schon nach römischem Recht ist dies gerechtfertigt. Nach seinen allgemeinen Grundsätzen wird der Rechtsirrthum allerdings im Rechte nicht beachtet und müßte der, welcher solchergestalt irrte, als malae fidei possessor gelten. Dennoch fragt es sich, ob nicht Justinian, welcher denjenigen qui mala fide possessionem adeptus est, „indignus“ eo praesidio erklärte, l. 8 § 1 C. de praescript. XXX. ann. 7, 39, hierbei an den Nachweis wirklichen Dolus dachte. Daß der unrechtfertige Besitzer dem unredlichen nach Landrecht in Bezug auf die dreißigjährige Verjährung nicht gleichgeachtet werde, hat erkannt O. Trib. Entsch. Bd. 16 S. 524, Bd. 77 S. 8, ferner R. G. Bd. 22 S. 336 und bei Gruchot Bd. 26 S. 687. So auch Koch L. R. zu I, 9 § 628. Anderer Ansicht Arndts in Ulrichs Archiv Bd. 3 S. 217.

1) L. R. I, 9 § 629 ff.

1. Verjährung gegen den Fiskus und die Kirche. Das justinianische Recht hatte die Verjährungszeit gegen Kirchen auf 40 Jahre festgestellt,[2] das gemeine Recht die Verjährung gegen den Fiskus auf 40 Jahre erstreckt.[3] Durch Hinzuschlagung der römischen Restitutionsfrist machte das Landrecht die Verjährung gegen Kirche und Fiskus zur vierundvierzigjährigen.[4]

Das Verjährungsprivilegium steht Fiskus und Kirche auch hinsichtlich der ihnen abgetretenen Rechte zu, natürlich nur, falls sie nicht einen bereits verjährten Anspruch erwarben. Auch ihre Rechtsnachfolger haben das Privileg, sofern der Fiskus und die Kirche bei der längeren Frist ein Interesse haben. Bei untheilbaren oder gemeinschaftlichen Sachen und Rechten kommt das Verjährungsprivileg auch den Mitberechtigten zu Gute. Es wirkt, worüber man gemeinrechtlich stritt, auch gegen Personen mit gleichen Privilegien.[5]

Das Verjährungsprivilegium des Fiskus und der Kirchen haben auch solche Korporationen, welchen die fiskalischen und kirchlichen Privilegien überhaupt verliehen sind. Es gehören hierher namentlich Armen- und Schulanstalten,[6] nicht aber Städte, wie die Praxis die aus dem gemeinen Rechte überkommene Streitfrage[7] entschieden hat.[8]

Die vierundvierzigjährige Verjährung steht an Stelle der dreißigjährigen. In den Fällen, in welchen kürzere Verjährungen eingreifen, kommt sie nicht zur Anwendung.[9]

2. Zur erwerbenden Verjährung von gestohlenen, sowie von geraubten Sachen für deren gutgläubigen ersten Erwerber, welchem die gewöhnliche Ersitzung versagt ist, sind 40 Jahre erfordert.[10]

---

2) Nämlich zunächst für die Klagenverjährung nov. 111, nov. 131 cap. 6. Das Gleiche gilt aber auch für die Ersitzung kirchlicher Immobilien, da bei diesen eine ordentliche Ersitzung nicht stattfand, nov. 111 cap. 1, so daß es der Zeit der Klagenverjährung bedurfte.

3) Heffter in Bekker und Melcher Jahrb. Bd. 6 n. 1.

4) L. R. I, 9 § 629, siehe auch § 633, vgl. L. R. II, 14 § 35. Die Ersitzung des Patronatsrechts gegenüber dem Staat oder der Kirche bedarf gleichfalls der 44jährigen Verjährung, L. R. II. 11 § 575, vgl. R. G. Bd. 4 S. 289.

5) Vgl. L. R. I, 9 § 635 ff. und unten Bd. 2 § 85 Anm. 22 und bei Anm. 20.

6) L. R. II, 19 § 43.

7) Justinian hatte in der l. 23 pr. C. de sacros. eccles. 1, 2 die Klagen der Kirchen und Städte durch eine 100jährige Verjährung privilegirt, in der nov. 111 aber diese 100jährige Verjährung aufgehoben und die Klagen der Kirchen der 40jährigen Verjährung unterworfen, während im übrigen die 30jährige Verjährung eintreten soll. Obgleich hiernach offenbar für die Klagen der Städte fortan die 30jährige Verjährung maßgebend sein soll, vgl. Pfeiffer Archiv für civ. Praxis Bd. 28 n. 6, Vangerow Bd. 1 § 148 Anm. 2 unter 5, so war die Sache doch Jahrhunderte lang streitig. Für eine bloß 30jährige Verjährung sprachen sich aber unter Anderem aus die in der Praxis so einflußreichen sächsischen Constitutionen.

8) Präj. des O. Trib. n. 1412, und sonst öfter, besonders Entsch. Bd. 18 S. 182. Vgl. übrigens Fitting bei Gruchot Bd. 10 S. 330 ff.

9) L. R. I, 14 § 177. Entsch. des O. Trib. Bd. 6 S. 244 ff.

3. In der älteren gemeinrechtlichen Theorie war sehr bestritten die Frage der Ersitzung solcher Gerechtigkeiten, welche nur bei besonderen Gelegenheiten ausgeübt werden können, z. B. des Rechtes auf Wiederherstellung eines Gebäudes, auf Wegebesserung, oder auf Abgaben bei Besitzveränderungen. Eine verbreitete Ansicht hielt die ordentliche und selbst die dreißigjährige Verjährung für unzulässig und forderte den Nachweis der unvordenklichen Zeit.[11]

Das Landrecht schließt, einen Mittelweg einschlagend, für den Erwerb dieser s. g. unständigen Rechte, d. h. solcher, die nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, die gewöhnliche Ersitzung aus und verlangt 40 Jahre.[12] Ferner muß das Recht in dieser Zeit mindestens dreimal ausgeübt sein; auch muß der erste und der letzte Fall wenigstens 40 Jahre auseinander liegen, selbst wenn das Recht zufällig alljährlich ausgeübt worden wäre.[13] [14] Auf die erlöschende Verjährung solcher Rechte sind diese Bestimmungen nicht anzuwenden; dieselbe vollzieht sich in 30 Jahren, fordert aber gleichfalls, daß drei Gelegenheiten verpaßt wurden,[15] jedoch ohne daß zwischen der ersten und der letzten 30 Jahre liegen müssen.

§ 179. Fortsetzung. Ersatz der unvordenklichen Verjährung.

Es finden sich endlich besondere Verjährungen an Stelle der gemeinrechtlichen unvordenklichen Verjährung.

1. Diese, dem römischen Rechte nur bei einzelnen ins öffentliche Recht einschlagenden Verhältnissen bekannt,[1] hatte im gemeinen Rechte die allgemeinste Anwendung erhalten, indem sie hier alle rechtlicher Feststellung

---

10) L. R. I, §§ 648. 584—586. Vgl. oben § 173 Anm. 14 ff.

11) Das Reichskammergericht ließ nur die unvordenkliche Verjährung unständiger Servituten zu; das Reichsgericht — Bd. 3 S. 210 — läßt die gewöhnliche Ersitzung eintreten.

12) Der Fall, daß der Verpflichtete das Recht hat, die Ausübung zeitweilig zu hindern, z. B. einen mit einer Fischereigerechtigkeit belasteten Teich vorübergehend auszutrocknen, steht nicht gleich, Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 40. Für ihn gilt also das oben § 175 bei Anm. 6 Ausgeführte.

13) R. G. Bd. 2 S. 298. Eine Unterbrechung der Verjährung wird angenommen, wenn der Besitzer eine Gelegenheit der Ausübung des Rechtes nachweisbar vorbeigehen ließ. Sie beginnt von neuem mit der erneuten Ausübung. L. R. I, 9 §§ 651, 652, aber auch 653 und 654.

14) Aehnlich Schriftsteller des sächsischen Rechts und eine — die fünfte — sächsische Konstitution von 1746. Kori Abh. Bd. 1 S. 22.

15) L. R. I, 9 § 544. Vgl. Präj. des O. Trib. n. 2247. Entsch. Bd. 20 S. 113. Die Verjährung einer Freikuxberechtigung beginnt hiernach von dem Tage, mit welchem Ausbeute gewonnen wurde.

1) Savigny Bd. 4 S. 485 ff.

empfänglichen Zustände gewährleistete, welche über Menschengedenken hinaus gedauert hatten.[2] Sie beruht auf der Vermuthung, daß, was unvordenkliche Zeit bestand, ohne daß man von einem ungehörigen Anfange weiß, dereinst in gehöriger Weise ins Leben gerufen worden sei.[3] Daher ersetzt sie gemeinrechtlich nicht nur den fehlenden Beweis eines den thatsächlichen Zustand gehörig begründenden Geschäftes, sondern macht auch den Einklang dieses Zustandes mit der zur Zeit geltenden Rechtsnorm entbehrlich, so daß das Unvordenkliche selbst im Falle eines Verstoßes gegen Verbotsgesetze geschützt wurde.[4] In der unvordenklichen Verjährung finden namentlich historisch überkommene öffentlichrechtliche Verhältnisse, welche späteren Rechtsordnungen gegenüber anomal geworden sind, ihren Schutz. Da aber die unvordenkliche Verjährung nur die Vermuthung gehöriger Bestellung des Rechtes begründet, so kann sie durch den Beweis einer ungehörigen Entstehung stets entkräftet werden.[5]

2. Indem das Landrecht diesem Institute die Anerkennung weigerte,[6] glaubte es dennoch für einzelne Fälle in zeitlich bestimmten Verjährungsfristen Ersatz schaffen zu müssen.[7] Insbesondere soll die Vermuthung für das Adelsrecht desjenigen streiten, dessen Vorfahren oder der sich selbst des Adelstitels 44 Jahre lang bediente.[8] Wer ferner ein Domainengut 44 Jahre besitzt, hat die Vermuthung für sich, daß er es aus einem rechtsgültigen Titel erhielt.[9] Ist endlich Jemand zur Entrichtung einer staatlichen Last oder Abgabe aufgefordert worden, und nachdem er sich derselben geweigert hatte, 50 Jahre von derselben frei geblieben, oder ist ein Grund-

---

2) Auch schon im kanonischen Rechte. Vgl. über die Ausdehnung u. A. Pfeiffer Praktische Ausführungen Bd. 2 S. 106 ff., Bd. 7 S. 248 ff.

3) Diese Fiktion trat an die Stelle der älteren deutschen Auffassung, wonach thatsächliche Zustände durch ihr langes Bestehen — insbesondere seit zwei Generationen — ohne weiteres zum Rechte wurden. Vgl. Beseler P. R. § 52, Gerber P. R. § 66.

4) Vgl. u. A. Leyser mod. vol. VII. spec. 461. Rave de praescr. § 188. Pufendorf I, obs. 151 § 19. Hellfeld jurispr. for. § 1775. Richtig unterscheidet Hagemann Praktische Erört. Bd. 6 n. 42.

5) Hierüber vgl. Savigny Bd. 4 S. 534.

6) Den Tendenzen der Aufklärungsepoche entsprechend. Aus den Materialien vgl. namentlich Simon S. 446, „sonst entsteht eine höchst schädliche praescriptio contra legem prohibitivam," ferner das Promemoria S. 598. Auch das österr. Gesetzbuch kennt die unvordenkliche Verjährung nicht. Unger Bd. 2 § 104 Anm. 22.

7) Die Zeit, welche zur Annahme der unvordenklichen Verjährung nachgewiesen werden mußte, war gemeinrechtlich bestritten. Meist verlangte man eine Zeit über 40 Jahre nach cap. 1 de praescr. in 6to 2, 13. Hieraus ergab sich partikularrechtlich die 50jährige Zeit, welche z. B. vorkommt in der Resolution von 1715. C. C. M. VI, 2 p. 160. Ferner C. C. M. II, 5 p. 93 u. a. and. O.

8) L. R. II, 9 § 19. Im Wesentlichen stimmt überein Entsch. des Kammergerichts Bd. 2 S. 84.

9) L. R. II, 14 § 39.

stück oder eine Gerechtigkeit, von welcher eine staatliche Abgabe entrichtet werden soll, niemals ins Steuerbuch eingetragen und die Abgabe in 50 Jahren nicht gefordert worden, so wirkt dies eine Vermuthung der Befreiung.[10] [11] Der Gegenbeweis, daß der Zustand unrechtlicher Weise begründet wurde, ist in allen diesen Fällen zulässig.

Das Landrecht verfügt außerdem, daß, wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechtes durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmt seien, die Befugniß, die Grenzen zu überschreiten, nur durch fünfzigjährige Präskription erworben werden könne.[12] Dies fällt aus dem Gedanken der unvordenklichen Verjährung heraus, da nicht der Gegenbeweis der unrechtmäßigen Begründung, sondern nur der einer wirklichen Unredlichkeit des Besitzers hier zugelassen wird.[13]

Gegen ausdrückliche Verbotsgesetze können jedoch durch keine Art der Verjährung Rechte erworben werden.[14]

§ 180. Das Normaljahr.

Mehrere Erklärungen Friedrichs des Großen, wonach gegen fiskalische Ansprüche gesichert sein solle, wer zur Zeit seines Regierungsantrittes im

---

10) L. R. I, 9 §§ 656—659. Es gehören hierher Chaussee- und Brückengelder, Gruchot Bd. 15 S. 71 ff., ferner Bergwerkssteuern Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 381.

11) Plenarbeschluß des O. Trib. vom 20. März 1846, Präj. n. 1716, Entsch. Bd. 13 S. 42 und hiernach R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 916 beziehen die 50jährige Präskription der „Last oder Abgabe" nur auf solche, welche an den Staat entrichtet werden müssen, also nicht auf Gemeinde- oder kirchliche Lasten, es steht hiernach bei letzteren die gewöhnliche Verjährung offen, Entsch. Bd. 67 S. 157. — Ferner wurde entschieden, jene Verjährung finde auf Fährgelder keine Anwendung, welche zufolge einer vom Fiskus vererbpachteten Fährgerechtigkeit einer Privatperson zustehen. Gruchot Bd. 8 S. 275.

12) L. R. I, 9 § 660 ff. Unter den Grenzen des Rechtes versteht man dessen Umfang und, was sich weiter ergiebt, auch die Art seiner Ausübung. Ein Beispiel bilden die durch Separationsreceß festgesetzten Abfindungen. Entsch. Bd. 74 S. 226. Die Festsetzung muß aber zweifelfrei sein. Entsch. Bd. 70 S. 23, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 947. — Sollte einem dritten redlichen Besitzer, dem die entgegenstehenden Judikate und Verträge unbekannt blieben, nicht schon die gewöhnliche Verjährung zu Gute kommen? So lautete bereits ein Monitum bei der Redaktion des L. R. Es bejahte auch nach allgemeinen Grundsätzen Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 7 S. 511 ff. und unsere früheren Auflagen. Indessen verneinen mit Rücksicht darauf, daß jenes Monitum keine Berücksichtigung fand, O. Trib. Entsch. Bd. 58 S. 140, Striethorst Archiv Bd. 95 S. 124 und R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 967, vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 945. — Ueber Anderes Striethorst Bd. 50 S. 175. Widersprach der in Folge der Ueberschreitung Benachtheiligte, beruhigte sich aber dennoch 30 Jahre, so verjährt sein Recht schon in letzterem Zeitraum, § 662.

13) L. R. I, 9 §§ 661. 663. Da in diesem Fall nicht bloße Vermuthung, sondern erwerbende Verjährung vorliegt, so war es folgerecht, daß das O. Trib. erkannte, Präj. n. 894, die Vorschrift des § 164 der Gemeinheitstheilungsordnung (siehe oben § 173 Anm. 6), wonach die derselben unterworfenen Rechte durch Verjährung nicht mehr begründet werden können, beziehe sich auch auf diese fünfzigjährige Verjährung.

14) L. R. I, 9 § 664.

wirklichen Besitze von Rechten, insbesondere von Regalien, non vi, non clam, non precario gewesen war,[1] führten dazu, dem Jahre 1740, als dem ersten Regierungsjahre jenes Königs, den Charakter eines Normaljahres oder Entscheidungsjahres zu verleihen.

Hiernach bestimmt auch das Landrecht, daß der vollständige, ruhige Besitz einer Sache oder eines Rechtes im Jahre 1740 den Besitzer in allen Fällen gegen die Ansprüche des Fiskus schützt.[2] Dieser Besitz muß nicht gerade von Anfang jenes Jahres an bestanden haben, da nur der Besitz im Jahre 1740 gefordert wird, indessen darf er begreiflich nicht vor dessen Ablauf wieder verloren gegangen sein. Daß grade Besitzeshandlungen aus dem kritischen Jahre selbst dargethan werden, ist richtiger Ansicht nach nicht nothwendig, vielmehr reichen auch früher vorgefallene Handlungen hin, wenn aus ihnen nach allgemeinen Erfahrungssätzen das Bestehen des Besitzes im Normaljahre zu schließen ist.[3] Es ist beispielsweise der Besitz im Entscheidungsjahre als vorhanden anzunehmen, wenn derselbe nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden konnte und bei der letztvorhergegangenen Gelegenheit ausgeübt worden ist. Der Besitz muß ein juristischer gewesen sein: der Nachweis heimlicher, gewaltthätiger, prekaristischer Besitzergreifung nimmt ihm die Wirkung, da in diesen Fällen der Besitz nicht als vollständiger und ruhiger zu erachten ist. Dagegen ist ein Titel nicht erforderlich[4] und selbst Nachweis der Unredlichkeit des Besitzes nicht zugelassen.[5] Durch das Normaljahr wird man in Rechten jeder Art, welche Privaten als solchen zustehen können, gegen Anfechtungen des Fiskus geschützt, z. B. im Eigenthum von Domainengütern, sowie im Besitze von Servitutenrechten[6] an solchen Gütern, und von verleihbaren nutzbaren Regalien.[7] Rechte Dritter dagegen sind durch das Normaljahr völlig unberührt geblieben.[8]

---

1) Ueber das Geschichtliche siehe namentlich Koch Recht der Domainen S. 210 ff. Kommentar zu L. R. I, 9 § 641.

2) L. R. I, 9 §§ 641—647.

3) Siehe oben § 158 bei Anm. 12. Jedoch findet sich ein entgegengesetztes Präj. des O. Trib. n. 2734, Entsch. Bd. 50 S. 455. Vgl. aber Koch Schles. Archiv Bd. 2 S. 111 ff. und Kommentar zu § 643 d. Tit.

4) Dies hat man früher zuweilen erfordert. Dagegen Präj. des O. Trib. n. 1970. Entsch. Bd. 16 S. 132.

5) Gleichfalls anerkannt durch das O. Trib. Präj. n. 2001. Entsch. Bd. 17 S. 139. Vgl. Materialien von Simon und Strampff. S. 552. Die ältere Praxis war entgegengesetzt: Mathis Bd. 6 S. 10.

6) Dies verneint ohne hinreichenden Grund eine Entscheidung des O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 15 S. 1, dagegen Entsch. Bd. 56 S. 80.

7) Aber auch im Besitze des Adels L. R. II, 9 § 18.

8) L. R. I, 9 § 642.

Dem Besitze im Normaljahre steht es gleich, wenn der Fiskus das fragliche Recht im Jahre 1740 auf rechtsgültige Weise — ausdrücklich oder indirekt — anerkannt hat,[9] es sei denn die Anfechtung der Anerkennung wegen angeblichen Irrthums oder Betruges erfolgt oder möglich.

Das durch das Normaljahr begründete Recht konnte begreiflich hinterher erlöschen. Dies insbesondere durch späteren Nichtgebrauch[10] oder durch Aufhebung der Berechtigung im Wege der Gesetzgebung.

Für die Landestheile des westpreußischen Provinzialrechtes ist das Jahr 1797 Normaljahr,[11] für die Rheinprovinz ist der erste Januar 1815 Normaltag geworden.[12]

---

9) L. R. I, 9 § 646.
10) L. R. I, 9 § 645.
11) Verordnung vom 18. December 1798, erweitert durch Verordnung vom 24. November 1843. Westpreußisches Provinzialrecht von 1844 § 5.
12) Gesetz vom 18. December 1831, Gesetzsammlung 1832 S. 3.

Zweites Buch.

Die dinglichen Rechte.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Lehren.

I. Uebersicht der dinglichen Rechte.

§ 181. Das Eigenthumsrecht.

Das Eigenthum ist die generelle Herrschaft über eine Sache. Es kennzeichnet sich nicht durch den Umfang der dem Berechtigten gegenwärtig zustehenden Nutzungsrechte. Auch wessen Verfügungsmacht in der Gegenwart durch entgegenstehende Rechte Dritter völlig zurückgedrängt wird, ist gleichwohl Eigenthümer, falls seine Berechtigung ihrer Bestimmung nach auf die Totalherrschaft über die Sache geht.[1] Nicht das ist also wesentlich für den Begriff des Eigenthums, daß es im gegebenen Falle die volle Herrschaft über die Sache giebt, sondern, daß es die Fähigkeit und das Bestreben besitzt, zu solcher unbeschränkten Macht immer wieder heranzuwachsen.[2] [3]

Dieser abstrakte Eigenthumsbegriff ist nicht, wie man dies anzunehmen geneigt ist, etwas in Folge der Natur des Privatrechts mit Nothwendigkeit Gegebenes, vielmehr beruht derselbe in einer sinnreichen juristischen Konstruktion der römischen Rechtswissenschaft, welche in dieser Auffassung ideell eine Einheit der Herrschaft über die Sache, trotz der realen Zersplitterung der Nutzungsbefugnisse, festzuhalten wußte. In der ältesten Zeit war nämlich in

---

1) l. 25 pr. D. de V. S. 50, 16. Recte dicimus fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est.

2) Erscheinungsformen dieses Bestrebens sind Konfusion und Konsolidation, unten Anm. 8.

3) Die Begriffsbestimmung von Savigny Bd. 1 S. 367, Puchta Pand. § 144 u. A., wonach das Eigenthumsrecht die unbeschränkte und ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache ist, entspricht dem wirklichen Rechtszustand nicht. Daher hat Böcking Pand. Bd. 2 § 134 das Wesen des Eigenthumsrechtes in die Abstraktheit und der mannichfachsten Bestimmungen fähige Unbestimmtheit der Privatherrschaft des Subjektes über die körperliche Sache gesetzt. Vgl. auch Windscheid Bd. 1 § 167 Anm. 3.

Rom Eigenthum wirklich die unumschränkte Verfügungsmacht über die Sache gewesen,[4] da das frühere römische Recht das Eigenthum beschränkende dingliche Rechte an fremder Sache nicht kannte.[5] Als sich aber später auf Grund unabweisbarer Bedürfnisse eine bestimmte Anzahl solcher Rechte eingebürgert hatte und zuletzt so weitreichende Rechte wie Emphyteuse und Superficies geschaffen waren, erhielt das Eigenthum durch juristische Abstraktion den hypothetischen Charakter, welcher es im jüngsten römischen Rechte kennzeichnet.

Dem deutschen Rechte fehlte das Bestreben des römischen Rechtes, die Herrschaft über die körperliche Sache möglichst in einer Hand, der des Sacheigenthümers, zu koncentriren. Im Gegentheil brachten es die Verhältnisse des Mittelalters mit sich, daß man an den Vortheilen, welche Grund und Boden gewähren, möglichst Viele in den verschiedensten Formen und mit den mannigfachsten Befugnissen Theil nehmen ließ. Das Jagdrecht und das Bergrecht lösten sich von dem Rechte der Grundfläche ab. Der Vasall und der Lehnsherr, der Grundherr und der Erbzinsmann beanspruchten Jeder in seiner Sphäre die ausgedehntesten Befugnisse. Dabei blieb dem deutschen Rechte auch die Abstraktion des ausgebildeten römischen Rechtes fremd, wonach Eigenthümer ist, wem das Anrecht auf die Totalherrschaft über die Sache zukommt. Vielmehr war nach deutschrechtlicher Vorstellung als Eigenthümer zu bezeichnen, wer gegenwärtig das ausgedehnteste Recht zur Nutzung oder zur Verfügung hatte.[6] Dieser Anschauung gegenüber konnte sich der römische Eigenthumsbegriff bloß allmälig, und lange Zeit nur mehr oder weniger getrübt durchsetzen.

Auch das preußische Landrecht suchte das Eigenthum durch Aufzählung einzelner Befugnisse zu bestimmen.[7] Dasselbe bezeichnet das Recht, zu besitzen, zu verfügen und zu gebrauchen, als Wesen des „vollen“ Eigenthumsrechts, woraus sich denn die Zerlegung in die „Proprietät“, d. h. das Recht über die Sache zu verfügen, und in das „Nutzungsrecht“, d. h. das Recht auf Gebrauch und Ertrag, ergiebt. Gleichwohl hat das Landrecht die römische Konstruktion des Eigenthums als des auf die Totalherrschaft gerichteten Rechtes aufgenommen, indem es die Unbeschränktheit des Eigenthums zu einer Vermuthung macht und die Regel des römischen Rechtes anerkennt, daß die das Eigenthum beschränkenden dinglichen Rechte durch Konfusion erlöschen, falls der Berechtigte Eigenthümer der belasteten Sache wird.[8]

---

4) Potestas illibata l. 2 D. de his, qui sui 1, 6.
5) Dernburg Pand. Bd. 1 § 192.
6) Stobbe D. P. R. Bd. 2 § 78.
7) L. R. I, 8 §§ 9. 10. 11.
8) L. R. I, 9 § 23; 16 § 482, vgl. § 4 J. de usufructu 2, 4.

In ihren allgemeinen Aussprüchen begreifen die preußischen Gesetze unter Eigenthum jede nutzbare vermögensrechtliche Befugniß.[9] [10] Das Eigenthum erstreckt sich also in diesem weiteren Sinne nicht bloß auf körperliche Sachen, welche in die Sinne fallen, sondern auch auf Rechte, welche erst durch die Ausübung bemerkbar werden, wie denn beispielsweise in den Quellen des preußischen Rechtes von Eigenthumsrecht an Forderungen die Rede ist.[11] Hieran reiht sich denn, daß manche Rechtssätze und Rechtsinstitute, welche das römische Recht nur für das Eigenthum im engeren Sinne ausgebildet hatte, z. B. die Vindikation, Uebergabe, im preußischen Rechte auch bei anderen Rechtsverhältnissen Anwendung finden. Trotz dieser Verallgemeinerung aber hebt sich das Eigenthum im engeren Sinne, also die an sich unbeschränkte Herrschaft über körperliche Sachen, als ein besonderes Rechtsverhältniß auch im preußischen Rechte ab, welches auch in dieser Hinsicht sich dem Uebergewichte der römischen Rechtsanschauungen nicht zu entziehen vermochte.[12]

§ 182. Getheiltes Eigenthum.[1] Duplicität des Eigenthums.

1. Die Theilung des Eigenthums in Ober- und Untereigenthum wurzelte in der Auffassung, wonach das Eigenthumsrecht nicht qualitativ als Anwartschaft auf die Gesammtherrschaft der Sache bestimmt, sondern quantitativ nach dem Umfang der Befugnisse des Berechtigten bemessen wurde.

Diese Eintheilung wurde vom Landrechte aus dem gemeinen Rechte[2] als geschichtlich gegeben aufgenommen.[3] Insbesondere nahm man beim Lehnsherrn und Vasallen getheiltes Eigenthum an. Man schrieb einestheils dem Lehnsherrn die Proprietät zu, da der Vasall ohne dessen Zustimmung

9) Vgl. L. R. I, 8 §§ 1. 2. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn die A. G. O. Einl. § 1 bestimmt: „alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigenthums ausmachen, müssen ... durch richterlichen Ausspruch entschieden werden," ferner wenn Art. 9 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 vorschreibt: „das Eigenthum ist unverletzlich."

10) Daß diese Auffassung eine unrömische ist, darf als bekannt vorausgesetzt werden. Aber die Entwickelung des neueren Rechtes drängt auf sie hin, s. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 1 S. 361 ff. Sie entspricht den älteren deutschrechtlichen Auffassungen Stobbe D. P. R. Bd. 2 § 78, n. 3 und 4.

11) L. R. I, 11 § 376, Suarez in Siewerts Materialien Bd. 1 S. 5.

12) Im engeren Sinn nimmt den Ausdruck das Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872.

1) Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 2 S. 177 ff. Thibaut Versuche II, 3, Böcking Pand. Bd. 2 S. 41 ff., Eccius Bd. 3 § 167. Vgl. auch Gerber § 77 und andererseits Beseler D. P. R. § 82, Kraut Grundriß § 74.

2) Glosse zu § 39 J. d. r. d. 2, 1 glossa l. 1. C. de thesauris 10, 15. Vgl. bei Stobbe d. P. R. Bd. 2 § 80 Citirte.

3) L. R. I, 8 §§ 19. 20, I, 18 § 1.

über die Substanz des Lehngutes nicht verfügen konnte; nicht weniger erschien aber der Vasall als Theilhaber der Proprietät, da auch der Lehnsherr ohne den Vasallen die Verfügungsmacht über die Substanz nicht hatte, wozu sich beim Vasallen als weiterer Eigenthumsbestandtheil das Nutzungsrecht gesellte.[4] Nach der gleichen Denkweise betrachtete man — in ähnlicher Art wie viele gemeinrechtliche Schriftsteller die Emphyteuse behandelten — das Erbzinsgut als im nutzbaren Eigenthum des Erbzinsmannes und im Obereigenthum des Erbzinsherrn stehend.[5] Endlich stellte das Landrecht unter diese Eintheilung das Familienfideikommiß, indem es dem jedesmaligen Fideikommißbesitzer das nutzbare Eigenthum des Fideikommisses, der Familie aber das Obereigenthum zuschreibt.[6]

Hätte man den Maßstab der römischen Theorie an diese Verhältnisse gelegt, so hätte der Lehnsherr und Erbzinsherr allein als Eigenthümer gelten müssen, da sich ihr Recht mit dem Wegfall des Vasallen und des Erbzinsmannes konsolidirt, so daß sich die Befugniß des Vasallen und Erbzinsmannes nur als ein ausgedehntes Recht an fremder Sache dargestellt hätte. Aber im Werdegang der Geschichte lag es umgekehrt begründet, daß diese Nutzungsberechtigten immer mehr die Eigenthumsbefugnisse an sich brachten, bis sich das Rechtsverhältniß zuletzt in vollständiges Eigenthum verwandelte.[7] Diese Entwickelung tritt sehr bestimmt im preußischen Rechte hervor. Der Vorzug, den bereits die landrechtliche Gesetzgebung dem Nutzungseigenthum gab, bewährte sich in Zutheilung aller außerordentlichen aus der Sache erwachsenden Vortheile an die Nutzungseigenthümer,[8] so daß unter Anderem der auf einem Lehngrundstücke oder Erbzinsgute gefundene Schatz in das freie Eigenthum des Vasallen und Erbzinsmannes, und nicht an den Grundherrn fiel.[9]

Durch das Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten, § 2 wurde sodann das Obereigenthum der Lehnsherren bei allen inländischen Lehen, mit Ausnahme der Thronlehen, sowie das Obereigenthum der Guts- oder Grundherren am Erbzinsgut geradezu aufgehoben. Zugleich beseitigte dies Gesetz auch das Eigenthum der Erbverpächter zu Gunsten des Erbpächters, obgleich das Land-

4) Vgl. Höpfner Institutionen §§ 290. 291. L. R. I, 18 §§ 1. 2. 13. 14. 20.

5) L. R. I, 18 § 683 ff.

6) L. R. II, 4 §§ 72. 73. I, 8 § 20. So auch östr. b. G. B. § 629 und ältere Schriftsteller.

7) Vgl. Böcking a. a. O. S. 41.

8) L. R. I, 18 § 7.

9) L. R. I, 9 § 94 ff. Vgl. auch II. 16 § 119 bezüglich des sogenannten Erbkuxes.

recht dessen Berechtigung nicht als nutzbares Eigenthum, sondern ausdrücklich als Recht an fremder Sache bezeichnet.[10] In Folge dessen verwandelte sich mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes das bisherige nutzbare Eigenthum des Vasallen, des Erbzinsmannes und das dingliche Recht des Erbpächters in volles Eigenthumsrecht,[11] ohne daß dies freilich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Abgaben und Leistungen oder besonders vorbehaltener Nutzungen mit sich brachte.[12] Für die Zukunft wurde ferner bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes nur noch die Uebertragung des vollen Eigenthumes für zulässig erklärt.[13]

Das getheilte Eigenthum hat hiernach im jetzigen preußischen Rechte nur noch Bedeutung bei den Familienfideikommissen und außerdem den Thronlehen.

2. In Folge der Grundbuchverfassung ist bei Grundstücken eine sogenannte Duplicität des Eigenthums möglich. Es kann nämlich der Eine als Eigenthümer eines Grundstückes im Grundbuche eingetragen sein und in Folge dessen für den Verkehr als Eigenthümer gelten, insbesondere die Legitimation zu Veräußerungen und zu Belastungen zu Gunsten gutgläubiger Dritter haben, während ein Anderer zwar Eigenthümer jenes Grundstückes, im Buch aber nicht als solcher eingetragen ist. Im Grunde jedoch ist in solchem Falle nur Einer Eigenthümer und zwar der, welcher nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes das Eigenthum hat.

Die Duplicität des Eigenthums ist ein unerwünschter Zustand. Die neuere Grundbuchgesetzgebung suchte ihr daher entgegenzuwirken und hat die Fälle, in denen sie vorkommt, sehr eingeschränkt; sie ist aber nicht völlig auszuschließen; ihre Möglichkeit ist mit dem Grundbuchwesen unausweichlich gegeben.

---

10) L. R. I, 21 § 187. Die vor dem Inkrafttreten des Ablösungsgesetzes begonnene Ersitzung der Erbpachtgerechtigkeit wurde durch dasselbe nicht unterbrochen; vielmehr konnte die Ersitzung des erblichen Nutzungsrechtes — nunmehr als vermeinten Eigenthumsrechtes — nachher fortgesetzt und vollendet werden, womit in Gemäßheit des Ablösungsgesetzes Eigenthum erworben wurde. R. G. Bd. 6 S. 241 sowie bei Gruchot Bd. 26 S. 1072. Anders das O. Trib. Entsch. Bd. 59 S. 152.

11) Cit. Ges. § 2 Ziff. 1 und 2. Wie, wenn die Erbpacht nicht für immer, sondern nur für gewisse Zeit, z. B. drei Generationen oder 99 Jahre, bewilligt war? Man wird zwar auch hier Verwandlung in volles Eigenthum annehmen müssen, jedoch nur für die Erbpachtszeit, so daß das Eigenthum nachher an den früheren Erbverpächter zurückfällt. Anders die Entscheidung in Ulrichs Archiv Bd. 16 S. 1 ff. — Ueber erblichen Nießbrauch siehe unten § 280 zu 1.

12) Vgl. Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 6 Ziff. 1.

13) Abl. Gesetz § 91. Auf den nunmehrigen Eigenthümer, insbesondere auch den Erbpächter, ging unter Anderem ein an das Grundstück geknüpftes Patronat über. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1041.

§ 183. Die dinglichen Rechte an Sachen.[1]

Auf deutschem Boden erwuchsen seit dem Mittelalter die mannichfachsten Arten von Rechten an Sachen in ungebundener Weise nach Belieben und Bedürfniß. Dem hierin sich offenbarenden Gedanken des deutschen Rechtes kam in neuerer Zeit die Einrichtung des Grundbuches sehr entgegen. Sie ermöglichte es, persönlichen Ansprüchen durch Eintragung auf ein Grundstück Kraft gegen jeden Erwerber desselben zu geben, sie also mit Dinglichkeit zu bekleiden. Eine Gesetzgebung, die das Grundbuch kennt, wird in der That nicht leicht bloß bestimmte Typen von dinglichen Rechten in der Weise des römischen Rechtes festhalten können. Dem Grundbuchrichter aufzugeben, darüber zu befinden, ob eine bewilligte Berechtigung, deren Eintragung begehrt wird, jenen Typen entspricht, würde ihn mit verfänglichen und schwierigen Fragen des Begriffes jener Rechte belasten und die Eintragung aller dinglichen Rechte erschweren. Sind derartige Eintragungen aber einmal geschehen, so ist es wiederum bedenklich, sie hinterher um deswillen für unverbindlich zu erklären, weil sie nicht unter die festgestellten Typen dinglicher Rechte fallen. So bestimmt denn das Landrecht, daß Ansprüche auf eine Sache dinglich werden durch Besitz oder Eintragung.[2] Nach dem jetzt geltenden Recht entsteht die Dinglichkeit vorzugsweise durch die Eintragung. Für die dinglichen Rechte in diesem weiteren Sinne ist hiernach keineswegs erfordert, daß sie dem dinglich Berechtigten eine unmittelbare Herrschaft über die fremde Sache geben. Häufig ist vielmehr ihr Hauptinhalt die Verpflichtung des Eigenthümers der dienenden Sache zu einer Leistung. Die dingliche Seite solcher Rechte liegt daher darin, daß sie jedes Eigenthumswechsels unerachtet auf Anstehen des Berechtigten, letztlich durch die richterliche Vermittelung, aus der Sache oder an der Sache verwirklicht werden können.[3]

Jedes dingliche Recht verlangt ein unmittelbares oder mittelbares Interesse des Berechtigten; jedoch muß dasselbe nicht nothwendig in Geld bemeßbar sein. Ein Vertrag also, wodurch A. dem B. verspricht, ein Grundstück nicht zu veräußern, kann auch nicht durch Eintragung Geltung erhalten, wenn B. für seine Person keinerlei Interesse an demselben hat, sondern den Vertrag nur schloß, um A. vor Schaden zu bewahren; dagegen wäre er verbindlich, wenn A. Ehegatte oder Schwiegervater des B., oder wenn

---

1) Vgl. unten § 274. — Ueber römische Entwickelungen siehe oben § 181 Anm. 5; siehe ferner Ihering Geist des römischen Rechtes 2. Aufl., Bd. 2, Abth. 1, S. 212 ff.

2) L. R. I, 2 § 135.

3) Vgl. übrigens auch Fuchs Wesen der Dinglichkeit 1889.

er Altentheiler wäre, auch wenn ein in Zahlen ausdrückbares Interesse an der Nichtveräußerung nicht nachweisbar ist.[4]

Die dinglichen Rechte an fremden Sachen zerfallen in zwei Hauptgruppen, die eine auf Gebrauch oder Nutzung, die andere auf die Substanz gehend.

1. Zur ersten Gruppe gehören die subjektiv persönlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, also diejenigen zu Gunsten von bestimmten Personen. Unter diesen Rechten unterscheidet das Landrecht einerseits das vollständige Nutzungsrecht auf allen Gebrauch und jede Nutzung, welche ohne Veräußerung oder Substanzverletzung gewinnbar ist, — den Nießbrauch — und andererseits das eingeschränkte Nutzungsrecht, d. h. die weniger ausgedehnten Gebrauchs- und Nutzungsrechte des Miethers, des Pächters und des Entlehners, da dieselben durch den Besitz gleichfalls einen dinglichen Charakter erhalten. Eine weitere Art bilden subjektiv dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte, insbesondere die Grundgerechtigkeiten, an welche sich die Reallasten anreihen.

2. Die Rechte auf die Substanz einer fremden Sache zerfallen in zwei Unterarten. Die eine bilden Rechte auf künftige Uebertragung oder unmittelbaren Anfall der Sache an den Berechtigten. Rechte solcher Art sind nach deutschem, und hiernach auch nach preußischem Rechte zahlreich; es gehören dahin die Rechte der Lehns- und auch der Fideikommißanwärter und Vorkaufsrechte. Die zweite Unterart dieser Klasse bilden die Pfandrechte, d. h. das Recht, aus einem Vermögensobjekt für eine auf demselben haftende Schuld vorzugsweise Befriedigung zu erhalten. Sie gliedern sich nach preußischem Recht als Hypotheken und Grundschulden an unbeweglichen und Mobiliarpfandrechte an beweglichen Sachen.

§ 184. Das Recht zur Sache.[1]

Nach Landrecht hat der Gläubiger, welcher eine bestimmte Sache zu fordern hat, ein Recht zur Sache, so daß Dritte, welche die Sache in Kenntniß seines Forderungsrechts erwerben, durch dasselbe verbunden werden.[2] Dies steht zwar im Gegensatz zum römischen Recht, wonach der Gläubiger die geschuldete Sache nur von seinem

---

4) Ueber den Vertrag, wodurch sich der Grundeigenthümer seinem hypothekarischen Gläubiger verbindet das Grundstück nicht weiter zu belasten siehe unten § 333 Anm. 1.

1) Ziebarth Realexekution und Obligation 1865, darüber Degenkolb in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 9 S. 191 ff. Vgl. ferner Roloff in Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 421, Gruchot Bd. 8 S. 602 ff., v. Brünneck über den Ursprung des sogenannten ius ad rem, ein Beitrag zur Geschichte des Dogma, Berlin 1869.

2) L. R. I, 19 § 5, I, 10 § 25, Präj. des O. Trib. 2059. Vgl. oben § 37 Anm. 3. Die Ansichten über die innere Haltbarkeit dieses „Rechtes zur Sache" stehen sich bekannt-

Schuldner fordern, dritte Besitzer aber nicht wegen derselben behelligen kann, entspricht indessen einer verbreiteten älteren Praxis, die auf deutschrechtlichen Anschauungen ruht.

Manche Schriftsteller betrachten das Recht zur Sache als ein relativ dingliches und demnach auch die Klage als eine dingliche.[3] Und allerdings liegt diesem Rechte die Anschauung zu Grunde, daß das Veräußerungsgeschäft die Sache selbst verhafte. Aber seiner historischen Gestaltung nach ist gleichwohl dies Klagrecht ein persönliches,[4] denn man gründete es auf ein subjektives Verhältniß, den Erwerb in Kenntniß des fremden Anspruches. Daher steht die Klage nicht dem Gläubiger schlechthin gegen Unberechtigte zu, z. B. nicht gegen einen Dieb, welcher dem Schuldner, ohne dessen Verpflichtung zu kennen, die Sache wegnahm. Insbesondere spricht gegen die dingliche Natur des Rechtes zur Sache, daß es im Konkurse kein Vorzugsrecht vor anderen persönlichen Gläubigern giebt, so daß der Käufer einer bestimmten Sache im Konkurse seines Verkäufers mit dessen übrigen Gläubigern ins Theil gehen muß.[5] Es ist also das Rechtsmittel aufzufassen als persönliche Klage wegen Dolus des Erwerbers.[6]

---

lich schroff gegenüber. Die Einen halten dasselbe für eine Abnormität, da der spätere Erwerber sich um bloß persönliche Anrechte eines Dritten, welche nur den Schuldner angingen, nicht zu kümmern brauche. Im Gegensatze hierzu erblicken Andere in diesem Recht zur Sache einen wesentlichen Fortschritt des deutschen Rechtes, welches hierdurch die einseitige scharfe Trennung zwischen dinglichem und persönlichem Rechte glücklich überwunden habe!

3) Namentlich Koch Prozeßpraxis S. 179, dann Ziebarth a. a. O. S. 213. Es ist richtig, daß die Klage nicht als Vertragsklage zu konstruiren ist, da diese der Regel nach nur gegen den Mitkontrahenten geht. Doch ist hiermit die obligatorische Natur derselben nicht ausgeschlossen.

4) Das L. R. I, 2 §§ 134, 135 nennt selbst das Recht zur Sache ein persönliches und stellt es dem — dinglichen — Recht „auf" die Sache gegenüber. — Ausgebildet wurde die Klage nämlich von den Romanisten als eine actio in factum revocatoria, die sich der actio Pauliana anschloß. Baldus ad rubr. 1. C. de revoc. iis, quae in fraudem alienata sunt. Carpzov iurispr. for. p. II. const. 32 def. 12. Leyser med. spec. 531 m. 4.

5) Vgl. des Näheren unten Bd. 2 § 118.

6) Ziebarth a. a. O. hat ausgeführt, daß die Anerkennung des Rechtes zur Sache in engem Zusammenhang mit dem Rechte auf Realexekution des persönlichen Gläubigers in die geschuldete Sache stehe, welche den Römern fremd, im neuern Rechte zulässig wurde — oben § 125 zu 5. Denn der Schuldner, welcher die geschuldete Sache veräußerte, entzieht dem Gläubiger das diesem zuständige Mittel der Realexekution zur Verwirklichung seiner Forderung, und der Dritterwerber, welcher dies beim Erwerb weiß, nimmt an dieser Entziehung arglistig Theil. So tritt das Recht zur Sache an die Seite der römischen actio Pauliana und der heutigen Anfechtungsklage. Die actio Pauliana erwuchs dem Gläubiger, wenn sich der Schuldner unter Mitwissenschaft des Erwerbers dolos zahlungsunfähig machte oder seine Zahlungsfähigkeit auch nur verminderte. Das Recht zur Sache greift hingegen schon ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger durch die Veräußerung die Zwangsvollstreckung in die speciell geschuldete Sache unmöglich macht, ohne Rücksicht darauf, ob dem Schuldner Mittel zur Leistung des Interesse verbleiben.

Voraussetzung dieser Klage ist:

1. daß Kläger einen klagbaren Anspruch auf die eingeklagte Sache gegenüber dem Hauptschuldner habe, stütze sich nun derselbe auf Vertrag oder anderen Rechtsgrund.[7]

2. Ferner ist erforderlich, daß Beklagter beim Erwerb sichere Kenntniß von dem Bestehen des Rechtes des Klägers zur Sache hatte, was nach der Praxis durch Anführung bestimmter Thatsachen darzuthun ist. Gerüchte und Hörensagen versetzen also noch nicht in bösen Glauben. Sichere Kenntniß wird namentlich beim Ehegatten des Verkäufers leicht vorkommen. Bloße Anzeige Seitens eines angeblich zur Sache Berechtigten kann nicht schlechthin genügen, wohl aber muß Vorlegung unverdächtiger Urkunden über das Geschäft oder Mittheilung des Abschlusses desselben durch den Notar, welcher es aufnahm, den Erwerbslustigen zur Aufmerksamkeit veranlassen. Der Zeitpunkt, welcher für das Wissen in Betracht kommt, ist der des Abschlusses des Erwerbsgeschäfts, da Jemandem, welcher ein solches gutgläubig schloß, die spätere Verwirklichung desselben durch Besitzergreifung der beweglichen oder Eintragung der unbeweglichen Sache nicht zum Vorwurf gereichen kann.[8]

3. Endlich muß der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung im Besitze der Sache sein, da er nur dann dem Anspruche des Klägers auf deren Herausgabe genügen kann. Doch macht ihn dolose Veräußerung vor der Klageerhebung entschädigungspflichtig.

Die dargestellten Bestimmungen treten nicht bloß bei gleichartigen Rechten ein, z. B. wenn zwei Personen durch verschiedene Geschäfte je ein Titel zum Eigenthum oder auf den Nießbrauch derselben Sache eingeräumt wurde, sondern auch bei ungleichartigen Rechten, z. B. wenn dieselbe Sache dem Einen verkauft, einem Andern zum Nießbrauch überlassen wurde.[9] Einen Pfandrechtstitel kann man jedoch dem gegenüber nicht zur Geltung

---

7) Daß die Forderung durch rechtskräftiges Erkenntniß gegen den Hauptschuldner bereits festgestellt sei, ist nicht erfordert. Doch liegt eine der praktischen Schwierigkeiten des Rechtes zur Sache darin, daß über die Rechtsbeständigkeit der Forderung gegen den Schuldner A. mit dem späteren Erwerber der fraglichen Sache, B. prozessirt werden soll. Man wird zweckmäßigerweise gegen Beide gemeinsam klagen, gegen der Veräußerer A. unter Angebot etwaiger Gegenleistungen auf Uebergabe, gegen den Erwerber B. auf Feststellung seiner Verpflichtung, dem Urtheil gegen den A. sich zu unterwerfen.

8) L. R. I, 10 § 25, I, 19 § 5. Vgl. Ziebarth a. a. O. S. 210. — Eideszuschiebung nach Präj. d. O. Trib. 2455 unstatthaft, ist nach R. C. P. O. zulässig, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 1109.

9) Abweichend das Obertribunal in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 12. Juni 1843, Entsch. Bd. 9 S. 25. Vgl. dagegen Koch zu L. R. I, 19 § 5 und die dort angeführten späteren Entscheidungen, insbesondere Entsch. Bd. 15 S. 513, Bd. 16 S. 194, Präj. 1981.

bringen, welcher die Sache oder ein dingliches Recht an derselben trotz seiner Kenntniß jenes Titels erwarb. Es darf sich der Dritte beim Erwerbe dabei beruhigen, daß das Pfandrecht bloßes Mittel zur Befriedigung der Forderung des Gläubigers ist und daß diese Befriedigung demnach nicht schlechthin davon abhängt, daß derselbe an der Sache das in Aussicht gestellte Pfandrecht wirklich erwirbt.[10] Umgekehrt schadet dem Pfandgläubiger die Kenntniß eines älteren Rechtes zur Sache nicht. Man legt ihm Arglist um deswillen nicht zur Last, weil wenigstens im Fall der erwarteten Abtragung der Schuld sein Pfandrecht wieder erlischt und dem Recht zur Sache noch Raum läßt.[11]

§ 185. Das Recht zur Sache nach dem Eigenthumsgesetz vom 5. Mai 1872.[1]

Wesentliche Einschränkungen erlitt das Recht zur Sache durch das Eigenthumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872.

Einestheils leitete den Gesetzgeber das Bestreben, das in das Grundbuch eingetragene dingliche Recht möglichst unanfechtbar zu machen; dann aber ging er von dem allgemeinen Gedanken aus, daß das dinglich gewordene Recht das unbedingte Uebergewicht über das bloß persönliche verdiene, und hiernach Erwerb in Kenntniß eines älteren auf die Sache bezüglichen persönlichen Anspruches keine Schlechtgläubigkeit enthalte.[2] Demgemäß hat das Gesetz folgende Bestimmungen getroffen:

1. Kenntniß des Erwerbers eines Grundstücks von einem älteren Rechtsgeschäfte, welches für einen Anderen ein Recht auf Ueberlassung des Eigenthumes dieses Grundstückes begründet, steht dem Eigenthumserwerb nicht entgegen.[3][4]

10) Vgl. Ulrich Archiv Bd. 8 S. 334. Der Rechtssatz wird anerkannt im Plenarbeschluß des O. Trib. vom 12. Juni 1843. Entsch. Bd. 9 S. 25 und vom R. G. Bd. 3 S. 264.

11) So der oben — Anm. 10 — angezogene Plenarbeschluß. Anderer Ansicht Ziebarth a. a. O. S. 310. Der Satz ist besonders wichtig für das Pfändungspfandrecht, vgl. Glasenapp bei Gruchot Bd. 24 S. 295.

1) Vgl. Dernburg und Hinrichs Preußisches Hypothekenrecht Bd. 1 S. 375 ff.

2) Vgl. Motive der Regierungsvorlage zum Entwurfe des Gesetzes über den Eigenthumserwerb von 1871/72 S. 25.

3) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 § 4. Uebrigens hat der Erwerb des Eigenthumsrechts nie in Frage gestanden, wie man nach der Ausdrucksweise des Gesetzes schließen sollte, sondern nur seine Wirkung gegenüber dem zur Sache Berechtigten.

4) Hat also der eingetragene Eigenthümer, nachdem er sein Grundstück dem Einen verkauft, übergeben und den Kaufpreis empfangen hat, dasselbe einem Andern aufgelassen, welcher von der Vertragsbrüchigkeit seines Mitkontrahenten und dessen Absicht, das kontraktliche Recht des früheren Abkäufers zu vereiteln, Kenntniß hatte, so ist der Aufgelassene gleichwohl berechtigt, die Herausgabe der Sache zu beanspruchen. Auch wird er nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts — bei Gruchot Bd. 33 S. 948, Bd. 35

2. Der Erwerb des eingetragenen Rechtes an fremder Sache wird dadurch nicht gehindert, daß der Erwerber das ältere Recht eines Anderen auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechtes gekannt hat.[5] [6]

Das Gesetz hat hiernach kasuistisch nur zwei allerdings wichtige Fälle herausgegriffen, in Bezug auf andere aber Lücken gelassen.[7] Es fragt sich unter Anderem — zu 1 —: Steht dem Erwerber des Eigenthumes die Kenntniß von einer älteren Verpflichtung seines Rechtsvorfahrs zur Bestellung eines Nutzungsrechtes oder sonstigen dinglichen Belastung, z. B. eines Nießbrauches oder Miethe entgegen, da doch das Gesetz ausdrücklich nur die Kenntniß von einem älteren auf Eigenthumsüberlassung gerichteten Verpflichtung für unschädlich erklärt? Ferner — zu 2 —: Steht dem eingetragenen Erwerber eines Rechtes an fremder Sache die Kenntniß des Titels eines Anderen auf solche Sachenrechte entgegen, welche, wie Miethe und Pacht, der Eintragung nicht bedürfen, da das Gesetz nur die Kenntniß von einem älteren Anspruch auf Eintragung für unschädlich erklärt? Nicht selten behauptet man, daß das Recht zur Sache soweit in bisheriger Art fortbestehe, als die besonderen Bestimmungen des neuen Gesetzes nicht eingreifen. Indessen ist nach der Absicht des Gesetzes, welche nur nicht zum vollen Ausdruck kam, das Recht zur Sache gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer sowie gegenüber den eingetragenen dinglich Berechtigten überhaupt außer Kraft gesetzt.[8]

Dagegen ist das Recht zur Sache fortwährend wirksam gegenüber solchen Eigenthümern und dinglich Berechtigten, deren Recht am Grundstück

---

S. 1101 — nicht wegen seiner Arglist zur Schadloshaltung des früheren Abkäufers verpflichtet, trotzdem er beim Erwerb die arglistige Absicht seines Veräußerers gegen den früheren Abkäufer gekannt und getheilt hat. Dies mag der Absicht des E. E. G. entsprechen, ist aber ein bedenklicher Freibrief „der Grundstücksgaunerei".

5) Gesetz über den Eigenthumserwerb § 15. Der Schlußsatz „oder daß sich letzterer bereits in der Ausübung dieses Rechtes befindet" interessirt hier nicht weiter.

6) Die §§ 4 und 15 sind wesentlich unverändert nach der ursprünglichen Regierungsvorlage vom Landtage angenommen worden, nachdem das Herrenhaus den Versuch gemacht hatte, entgegengesetzte Grundsätze zur Geltung zu bringen.

7) Förster Bd. 3 § 156 nimmt an, es seien L. R. I, 10 § 25 und I, 19 § 5 für Grundstücke allgemein unanwendbar geworden. Eccius a. a. O. Anm. 25 geht dagegen nicht über die im Gesetz besonders bestimmten Fälle hinaus. Auch das Obertribunal hat Bd. 78 S. 95 ff. angenommen, § 4 des E. E. G. betreffe lediglich die Kollision zwischen dem durch Auflassung erworbenen Recht und einem älteren auf Auflassung gerichteten Recht. Insbesondere müsse der Eingetragene, welcher Kenntniß von einem Veräußerungsvertrag über die auf dem Grundstück stehenden Hölzer habe, die Abholzung gestatten. Derselben Ansicht ist Behrend Recht zur Sache in seiner Zeitschrift Bd. 7 S. 113. Vgl. über das O. Trib. Erkenntniß Dernburg und Hinrichs a. a. O. Bd. 1 S. 377.

8) Vgl. R. G. Bd. 18 S. 294, bei Gruchot Bd. 30 S. 941, Bd. 33 S. 940; siehe aber auch R. G. Bd. 15 S. 267.

nicht im Buche eingetragen ist, da das Gesetz nur die unbedingte Wirkung der Eintragung sicher stellen will. Es kann also das Recht zur Sache noch geltend gemacht werden in denjenigen Ausnahmefällen, in welchen Eigenthum an Grundstücken durch Uebergabe übergeht. Insbesondere aber schadet dem Miether oder Pächter eines Grundstückes, dessen Recht durch Besitz ohne Eintragung dinglich wird, die Kenntniß von dem älteren Anrecht eines Dritten auf das Grundstück, sei es aus einem Mieth- oder Pachtvertrag, sei es einem anderen Titel.

Der Anspruch auf Auflassung des Eigenthumes eines Grundstückes, desgleichen auf Eintragung eines anderen dinglichen Rechtes kann unter Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers mittels einer Vormerkung in das Grundbuch gelangen, wodurch der Anspruch einen dinglichen Charakter erhält.[9] Dies hat nichts Befremdendes, da sich nach Landrecht jedes persönliche Recht, welches eine bestimmte Sache zum Gegenstande hat, auf Grund der Bewilligung des Eigenthümers durch Eintragung in ein dingliches verwandeln läßt. Die Vormerkung jenes Anspruches kann aber auch ohne Bewilligung des Eigenthümers auf Ersuchen des Prozeßrichters erfolgen.[10] Hier bricht wieder die unrömische Anschauung durch, wonach der Vertrag über die Leistung einer bestimmten Sache nicht bloß den Versprechenden zu einer Handlung verpflichtet, sondern ein Anrecht auf die Sache selbst gewährt. Denn nur hieraus läßt es sich rechtfertigen, daß eine solche auch die Sondernachfolger des Schuldners bindende Eintragung ohne den Willen derselben Platz greifen kann. Die Grundbuchgesetze sprechen sich nicht darüber aus, unter welchen Voraussetzungen ein solches Ersuchen des Richters einzutreten hat. Allgemeine Grundsätze führen jedoch darauf, dem Anspruch nur im Fall seiner Gefährdung diese Sicherstellung zu gewähren.[11] Es muß also dem Proceßrichter, damit er behufs der Eintragung dieser Vormerkung eine einstweilige Verfügung erläßt,[12] glaubhaft gemacht werden, daß durch Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung der Forderung des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.[13]

---

9) Der Anspruch ging früher auf den Ersteher des Grundstücks im Zwangsvollstreckungsverfahren von selbst über, R.G. Bd. 7 S. 177. Seine Uebernahme ist jetzt als Kaufbedingung festzustellen, es sei denn, daß ältere Interessenten hierdurch benachtheiligt werden, Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien § 60 Abs. 1.

10) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§ 8. 16. G. B. O. § 64.

11) Vgl. Dernburg und Hinrichs a. a. O. Bd. 1 S. 378.

12) Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 18, R. C. P. O. § 814.

13) Dies ungeachtet des unter § 204 Anm. 9 für die Regel Bemerkten.

Welcher Anspruch geht vor, wenn Mehreren ein Recht zur Sache bewilligt ist und diese sämmtlich ihre Ansprüche vormerken ließen. Etwa wer den älteren Titel hat? Es ist der Vorzug dem zu geben, welcher zuerst die Eintragung der Vormerkung erlangt hat.[14]

II. Gemeinsames bezüglich Entstehung und Endigung der Sachenrechte.

§ 186. Titel und Modus des Erwerbes.[1]

Die freiwillige Veräußerung der körperlichen Sachen vollzieht sich nach deutschem wie nach römischem Recht in bestimmten Formen. Hieraus ergiebt sich von selbst für den regelmäßigen Verlauf die Unterscheidung des Modus, d. h. der Form der Uebereignung, und des Titels, d. h. des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes. Beide Akte lassen sich bei der ältesten Weise der Uebertragung des Grundeigenthums in Deutschland nachweisen, welche forderte: einmal ein Veräußerungsgeschäft, dann die sich anschließende Investitur, d. h. ursprünglich förmliche Besitzübertragung auf dem Grundstück, später an deren Statt Uebertragung des Besitzes durch Symbole. Ausgebildet wurde die Lehre des Titels und des Modus durch die Doktrin bei der römischrechtlichen Uebereignung durch Tradition. Von hier aus übertrug man dieselbe verallgemeinernd in wenig glücklicher Weise auf jede Art des Erwerbes. Da aber keineswegs jedem Eigenthumserwerb ein Rechtsgeschäft vorausgeht, suchte man auch andere juristische Thatsachen zu Titeln zu stempeln. Das Landrecht insbesondere bezeichnet hiernach als Titel Willenserklärungen, Gesetze, rechtskräftige Erkenntnisse.[2] Daß es unlogisch war, solchergestalt den Rechtsgeschäften Gesetze als Titel gleichzustellen, bedarf wohl keiner Ausführung, denn das Gesetz ist die selbstverständliche Voraussetzung jeder Eigenthumsveränderung, mag ihr ein Rechtsgeschäft vorausgehen oder nicht, wie z. B. bei der Okkupation herrenloser Sachen. Erkenntnisse ferner sind der Regel nach keine Titel, sie erkennen nur den vertragsmäßigen oder gesetzlichen Rechtsgrund an.[3]

---

14) Gesetz über den Eigenthumserwerb § 17, vgl. auch § 15.

1) L. R. I, 9 §§ 1 und 2. Vgl. Hofmann titulus und modus adquirendi 1873.

2) L. R. I, 10 § 2.

3) Unrichtige Erkenntnisse im Eigenthumsstreit bilden, genau genommen, keine Titel zum Eigenthumserwerb, da das Urtheil nur Recht zwischen den Parteien macht. Unrichtig Eccius Bd. 3 § 178 Anm. 10. Das Grundbuchrecht behandelt indessen jedes Erkenntniß, durch welches der als Eigenthümer Eingetragene im Eigenthumsstreit überwunden wird, als Titel der Eintragung des Siegers im Grundbuch als Eigenthümer. — Die Theilungsklagen führen nach preußischem Recht nicht wie nach römischem zur richterlichen Zutheilung des Eigenthums.

Als allgemeine Form für die Erwerbung der Sachenrechte — den Modus — erachtet das Landrecht in Uebereinstimmung mit der älteren romanistischen Lehre und der älteren naturrechtlichen Doktrin die Besitzübertragung.[4] Dies ließ sich jedoch für den Grundstücksverkehr nicht festhalten. Hier wurde die Uebergabe vielfach durch die Eintragung im Grundbuch — als Uebermachung des s. g. Civilbesitzes — ersetzt, zunächst indem derselben die Wirkung der Besitzübergabe beigelegt wurde,[5] weiterhin aber auch so, daß die Eintragung nothwendiger Modus wurde. Nach Landrecht war dies der Fall bei Begründung der Hypothek,[6] nach jetzigem Grundbuchrecht ist es auch bei der freiwilligen Veräußerung des Eigenthums an Grundstücken Rechtens.[7] Für eine Reihe von besonderen Verhältnissen hingegen wird weder Besitzübertragung noch Eintragung gefordert. So in zahlreichen Fällen unfreiwilliger oder gesetzlich angeordneter Eigenthumsübertragung, z. B. bei Zwangsversteigerungen, Gemeinheitstheilungen, Enteignungen, dem Eintritt in eine gütergemeinschaftliche Ehe, dem Erwerb von Eigenthum durch Erbschaft, durch Lehn- und Fideikommißfolge. Zur Bestellung von Grundgerechtigkeiten ferner genügt der schriftliche Vertrag.[8]

Rechtsgültigkeit des Titels war nach Landrecht Erforderniß der freiwilligen Veräußerung.[9] Besondere Bedeutung gewann dies für die Vollziehung der Eintragung im Grundbuch. Sie verlangte Vorlegung der Urkunde über das obligatorische Rechtsgeschäft oder einen anderen Titel, von dessen Rechtsbeständigkeit und äußerer Fehlerlosigkeit die Eintragung abhängig war.[10] Das neuere Grundbuchrecht hat dies geändert. Denn für den Grundbuchrichter genügt hiernach regelmäßig zur Eintragung die abstrakte Bewilligung des Betheiligten.[11]

§ 187. Translation der dinglichen Rechte.

An einer bestimmten Sache wird das dingliche Recht in das Leben gerufen. An ihr haftet es, und geht daher unter, wenn die Sache vernichtet wird oder außer Verkehr tritt oder dem dinglichen Rechte in anderer Art entzogen wird.[1]

---

4) L. R. I, 9 § 3.
5) L. R. I, 21 § 4 und unten § 238 bei Anm. 5.
6) L. R. I, 20 § 411.
7) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§ 1. 2.
8) L. R. I, 22 § 13, vgl. unten § 296 bei Anm. 4.
9) L. R. I, 2 §§ 133. 134, I, 9 § 2 vgl. auch oben § 37 Anm. 2.
10) Vgl. z. B. Hyp.-Ordn. von 1783, II, 13.
11) G. B. O. vom 5. Mai 1872 § 46 Abs. 2.

1) Vgl. A. G. O. I, 50 §§ 275. 301 und Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 25. — R. G. Bd. 25 S. 21.

Dennoch giebt es Ausnahmefälle, in welchen das Gesetz den Uebergang eines dinglichen Rechtes von seinem ursprünglichen Gegenstand auf einen anderen, welcher an dessen Stelle tritt — als Surrogat — vorschreibt. Folgende Fälle sind hervorzuheben:

1. Wenn aus einer untergegangenen Sache eine andere entsteht, so gehen alle Rechte, die an jener bestanden, auf diese in soweit über, als sie an derselben ausgeübt werden können.[2] Werden daher die zum Faustpfande gegebenen Sachen in neue verwandelt, z. B. Rohwolle zu Tuch verarbeitet, so bleibt das Pfandrecht bestehen, natürlich unvorgreiflich den Rechten dritter redlicher Weise Specifirender.[3] [4]

2. Wird im öffentlichen Interesse einem Grundeigenthümer sein Eigenthum an einem Grundstück entzogen und ihm dafür eine Abfindung zugewiesen, so tritt dieselbe regelmäßig in die dinglichen Belastungen ein, welche auf dem entzogenen Grundstücke ruhten. Insbesondere gelten bei Zusammenlegungen von Grundstücken und dem hiermit verbundenen Umtausch durch die Auseinandersetzungsbehörden, desgleichen bei Ablösungen von Rechten die überwiesenen Entschädigungen als Surrogat des entzogenen Objektes, so daß sie in dessen Rechtsverhältniß treten, vorbehaltlich der durch die Art des zugewiesenen Gegenstandes — z. B. einer Geldentschädigung — bedingten Veränderungen in der rechtlichen Form des Rechts.[5] Ebenso tritt die Entschädigung, welche in Folge des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 zum Ersatz für enteignete Grundstücke zugetheilt wird, in deren Rechtsstellung.[6] [7]

3. Das Gleiche tritt bei gewissen freiwilligen Veränderungen des Bestandes eines Grundstückes ein, welche als den Realberechtigten unschädlich gelten. So bei Austausch streitiger Grenzen;[8] ferner bei Austausch oder auch

---

2) L. R. I, 16 §§ 2. 3.

3) L. I, 20 § 261. Anders nach römischem Rechte, welches ein Eintreten des Surrogats nicht kennt. Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 599.

4) Erstreckt sich aber auch die Hypothek an einem Gebäude auf die Baumaterialien, welche dasselbe bildeten, nach deren Abbruch? Diese Materialien sind bewegliche Sachen geworden, an welchen eine Hypothek nicht mehr ausgeübt werden kann. Höchstens kann man eine Fortdauer der Verhypothecirung so lange annehmen, bis sie veräußert und vom Grundstück räumlich getrennt worden sind nach § 30 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb, Abs. 7. Weiter geht der Aufsatz bei Gruchot Bd. 6 S. 531.

5) L. R. I, 20 §§ 458. 459. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §§ 147. 148. Vgl. des Näheren Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 211 ff.

6) Entsch. des O. Trib. Bd. 24 S. 403 ff., vgl. oben § 34 bei Anm. 41.

7) Eine Anwendung des allgemeinen Satzes erfolgte in einem Falle, in welchem eine Stadt abgebrannt war und nach einem obrigkeitlich festgestellten Retablissementsplan den Häuserbesitzern statt der alten Hausstätten neue polizeilich angewiesen wurden. Ulrichs Archiv Bd. 9 S. 274 ff.

8) arg. L. R. I, 20 §§ 458. 459. Diese besondere Bestimmung wurde durch das Inkrafttreten der jetzigen Hypothekengesetzgebung nicht aufgehoben. Vgl. unten § 192 Anm. 5.

Verkauf einzelner Parcellen, oder Uebereignung gegen eine Geldrente, falls die Unschädlichkeit desselben von den zuständigen Behörden bezeugt ist.[9] Aehnlich steht es bei obrigkeitlich genehmigtem Austausch oder Umwandlung von Bergwerksfeldern.[10]

4. Wird ein Seeschiff vom Schiffer auf Grund seiner gesetzlichen Vollmacht in Folge zwingender Nothwendigkeit verkauft, so erlischt das Pfandrecht der Schiffsgläubiger an demselben, es ergreift aber dafür die Kaufgelderforderung, wie auch das vom Schiffer vereinnahmte, noch in seiner Hand befindliche Kaufgeld.[11]

§ 188. Untergang dinglicher Rechte an beweglichen Sachen durch Veräußerung Seitens eines Nichtberechtigten.

Eigenthum und andere dingliche Rechte an beweglichen Sachen erlöschen in zahlreichen Fällen in Folge der Veräußerung durch einen Nichtberechtigten. In dieser Hinsicht steht römisches und deutsches Recht in scharfem Gegensatz.

Der römische Eigenthümer setzte sein Recht an seiner Sache unbedingt Jedem gegenüber durch, welcher dieselbe vom Nichteigenthümer in gutem oder in bösem Glauben entgeltlich oder unentgeltlich erhalten hatte, indem man nicht weiter beachtete, ob die eigene Nachlässigkeit des Eigenthümers an seinem Besitzverluste Theil hatte und ob der Beklagte seinerseits beim Erwerb vom Nichteigenthümer mit entsprechender Vorsicht zu Werke gegangen war. Umgekehrt waltet im älteren deutschen Rechte die Auffassung, daß der Eigenthümer, dessen Unvorsichtigkeit die Schuld trägt, daß seine Sache in die Hand eines Dritten kam, der sie ohne Recht veräußerte, die hieraus entstehenden Nachtheile nicht auf den dritten redlichen Erwerber fallen lassen soll. Doch prägte sich dieser Gedanke nach Art des deutschen Rechtes örtlich in sehr von einander abweichenden Rechtssätzen aus. Die eine Gruppe von Rechten verweigert gemäß der Regel, „Hand muß Hand wahren", dem Eigenthümer, welcher seine Sache freiwillig aus der Gewahrsam gab, jede Rückforderungsklage gegen Dritte, welchen diese Sache von dem Vertrauensmann des Eigenthümers ohne Recht veräußert war.[1] In gleicher

---

9) Gesetz vom 27. Juni 1860 über den erleichterten Austausch der Grundstücke § 5. Gesetz vom 3. März 1850 betr. den erleichterten Verkauf kleiner Grundstücke § 3. G.B.O. § 71. Gesetz über Rentengüter vom 27. Juni 1890 § 1 Abs. 5. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 224.

10) Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 51 Abs. 4, vgl. unten §§ 265 a. E., § 272 zu 2.

11) H.G.B. Art. 767 Ziff. 2. Ziff. 1 spricht aus, daß auch das bei nothwendiger Subhastation erlöste Kaufgeld in das Pfandrecht des Schiffsgläubiger tritt. Das Geld wird ihnen überwiesen.

1) Dagegen war der Eigenthümer befugt, die Rückgabe von „gestohlenem" und „geraubtem" Gut auch von redlichen Besitzern zu verlangen, was man überwiegend auf

Weise waren vielfach diejenigen Personen, welche von Unberechtigten auf dem Jahrmarkt gekauft hatten, desgleichen die Juden, welche unverhohlen gekauft oder zum Pfande angenommen hatten, im Interesse der freien Verkehrsbewegung schlechthin gesichert.[2] Andere Statuten, z.B. das lübische Recht,[3] beließen dem Eigenthümer zwar die Rückforderung seiner unberechtigterweise veräußerten Sache, verpflichteten ihn aber zum Ersatz des Preises, für welchen der Beklagte dieselbe redlicherweise von einer unverdächtigen Person an sich gebracht hatte.

Diese Systeme, beide den Schutz des redlichen Erwerbers bezweckend, aber auf entgegengesetzten Grundlagen beruhend, finden sich nebeneinander im preußischen Rechte. Als allgemeine Regel gilt die Pflicht des klagenden Eigenthümers zum Ersatz des vom redlichen Erwerber an den unberechtigten Veräußerer Geleisteten. Unter besonderen Voraussetzungen aber wird der von einem Nichtberechtigten redlicherweise Erwerbende gegen jede Vindikation geschützt, so daß das Eigenthum und dingliche Rechte, von denen der Erwerber nichts wußte, erlöschen. Diese besonderen Fälle sind:

1. Wer eine bewegliche Sache entweder vom Fiskus oder in öffentlicher Versteigerung erstand, wird deren freier Eigenthümer, auch wenn dem Veräußerer keine Veräußerungsbefugniß zustand.[4] Die Sicherung des Erwerbes vom Fiskus stammt aus dem besonderen römischen Fiskalrecht; die des Erwerbes in öffentlicher Versteigerung gründet sich in deutschen Rechtsanschauungen. Vor allem ist hiernach der Käufer aus einer gerichtlichen Versteigerung, z. B. zum Zwecke der Zwangsvollstreckung oder der Versilberung einer Konkursmasse, schlechthin gesichert. Widerspricht der wirkliche Eigenthümer während des Verfahrens und kann er seine Rechte glaubhaft machen, so hat das Gericht die Einstellung der Versteigerung anzuordnen. Ist er zur Glaubhaftmachung seiner Rechte nicht im Stande, so nimmt zwar die Veräußerung ihren Fortgang, so daß er sein Eigenthum verliert, es bleibt ihm aber der Anspruch auf den Erlös für den Fall des Nachweises seines bisherigen Eigenthumsrechts.[5] Oeffentliche Veräußerungen sind aber nicht

---

alle Sachen anwendete, welche ohne Willen des Eigenthümers aus dessen Besitz gekommen waren. Vgl. Laband die vermögensrechtlichen Klagen S. 70 ff., Heusler Beschränkung der Eigenthumsklage bei Fahrhabe 1871, Stobbe D. P. R. Bd. 2 § 126 und dort Citirte.

2) Laband a. a. O. S. 89.

3) Alt lüb. Recht bei Kraut Grundriß § 82 n. 44, vgl. auch § 83 n. 2 u. 3.

4) L. R. I, 15 § 42. Hieraus ergiebt sich das Eigenthum des vom Postfiskus nach Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 26 Erwerbenden, unten § 232 Anm. 19. Nur von körperlichen Sachen, nicht von Forderungsrechten z. B. aus Sparkassenbüchern spricht § 42 nach R. G. im Justizministerialblatt 1884 S. 250.

5) R. C. P. O. § 690, A. G. O. I, 24 § 75 ff. Verstanden ist der Erlös nach Abzug der Kosten der Versteigerung. Vgl. übrigens R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 270.

bloß die gerichtlichen, vielmehr auch andere,[6] durch koncessionirte Auktionatoren veranstaltete, und selbst durch Private abgehaltene Versteigerungen, wenn denselben genügende öffentliche Ankündigungen vorhergingen und Jedermann zu denselben Zutritt hatte.[7] Den Erwerber schützt hier die Oeffentlichkeit, selbst wenn er wußte, daß die Sache dem Versteigernden nicht gehörte, da im Fall seiner Enthaltung vom Bieten die Sache gleichwohl ihren Fortgang gehabt hätte.

2. Des weiteren sicherte das Landrecht gemäß deutschrechtlicher Anschauung den redlichen Erwerb von Mobilien aus dem Laden eines Kaufmannes, welcher die Gilde gewonnen hatte.[8]

3. Die Vindikation von Geld — des Staatsgeldes wie des usuellen, insbesondere auch des Papiergeldes[9] — ist mit dem Augenblicke ausgeschlossen, in welchem es ein redlicher Dritter gegen Entgelt empfängt. Dies auch, wenn sich das Geld noch unterscheidbar, z. B. in den Rollen oder Beuteln vorfindet, in denen es sich bei der Ablieferung befand.[10] Erhielt es der Dritte aber ohne Entgelt oder unredlicherweise, so fällt die Vindikation erst weg, wenn die Geldstücke ihre individuelle Erkennbarkeit verloren haben.[11] [12] Ebenso schließt das Landrecht die Vindikation von Inhaberpapieren gegenüber redlichen, entgeltlichen Erwerbern aus.

Weiter geht der Schutz des redlichen Verkehrs durch das deutsche Handels- und Wechselrecht.[13]

1. Wenn bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben wurden, so erlangt der red-

---

6) Exner Tradition S. 67 versteht unter der öffentlichen Versteigerung des österr. G. B. § 367 nur eine gerichtliche.

7) Die Vorschrift des § 42 findet nur auf die Veräußerung von beweglichen, nicht auf die von unbeweglichen Sachen Anwendung. Es ergiebt sich dies namentlich aus L. R. I, 2 § 137, welcher die Regel „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" an die Spitze stellt, von der in § 138 nur für bewegliche Sachen Ausnahmen anerkannt werden, dies unter Allegation von L. R. I, 25 § 42 ff. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 69, Präj. 2614.

8) L. R. I, 15 § 43, dies galt nicht vom Meß- und Marktverkehr § 44. Kaufmännische Gilden im Sinne des Landrechts bestehen in Preußen nicht mehr; § 43 ist daher veraltet, § 44 überflüssig. Vincens in Goldschmidts Ztschr. f. H. R. Bd. 33 S. 200.

9) Unrichtigerweise behauptet Eccius Bd. 1 § 91 Anm. 51, daß sich die Bestimmung nur beziehe auf inländisches Staatsgeld, dem Eccius allein den Charakter des Geldes zugesteht. Hiergegen spricht nicht bloß der Zweck des Gesetzes, sondern auch dessen Wort im § 45 „baares kursirendes Geld".

10) L. R. I, 15 § 45 ff. Vgl. R. G. in Straff. Bd. 22 S. 232. Der Kläger hat zur Begründung der Vindikation die Unredlichkeit des Beklagten darzuthun, Striethorst Archiv Bd. 97 S. 165.

11) l. 78 D. de solut. 46, 3.

12) Vgl. unten § 235 zu 2 a. E.

13) H. G. B. Art. 306. 307. Vgl. Goldschmidt Zeitschrift f. H. R. Bd. 8 S. 225 ff., Bd. 9 S. 1 ff., Goldschmidt Handelsrecht § 79 ff.

liche Erwerber Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, dingliche Rechte an denselben, welche ihm unbekannt waren, erlöschen.

Verpfändung und Uebergabe beweglicher Sachen durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetrieb begründet ein gültiges Pfandrecht, welches allen Rechten an der Sache vorgeht, die der Pfandnehmer nicht kannte. Beides gilt nicht für gestohlene oder verlorene Sachen, so lange sie nicht in die Gewalt des Bestohlenen oder Verlierenden zurückgelangt sind.[14]

---

14) H. G. B. Art. 306, aufgenommen nach dem Vorbild des code civil art. 2279. Einzelnes 1. Kaufmann ist gemäß Art. 4 des H. G. B., wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt, auch der Minderkaufmann des Art. 10. 2. Zum Handelsbetrieb gehören nach Art. 274 im Zweifel alle von einem Kaufmann geschlossenen Verträge. Dies bezieht sich in der Regel nicht auf Schenkungen, vgl. unten Bd. 2 § 9 zu 1ᵇ und § 5 zu 1ᶜ. Nach Art. 273 Abs. 3 sollen Weiterveräußerungen von Handwerkern, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sein. Es ist hiernach zweifelhaft, ob der Schutz des Art. 306 sich auf Geschäfte der Handwerker erstreckt, soweit sie als Kaufleute gelten, unten Bd. 2 § 6 bei Anm. 4. Doch läßt sich die Frage bejahen, da dergleichen Geschäfte, wenn sie auch nicht Handelsgeschäfte sind, doch zu dem Handelsbetrieb mitgerechnet werden können. Vgl. Goldschmidt Handelsrecht § 80 Anm. 11. 3. Hinsichtlich des Begriffes der Uebergabe sind die allgemeinen Grundsätze der Besitzübertragung maßgebend. Demnach genügt auch symbolische Uebergabe, z. B. durch Konossement, selbst constitutum possessorium. Nur wird letzteres Geschäft leicht ein Argument gegen die Redlichkeit, ja gegen die Ernstlichkeit des Erwerbes bilden. Goldschmidt Handelsrecht § 80 Anm. 14 ist anderer Ansicht, ebenso R. G. Bd. 27 S. 28. 4. Wir dürfen nach dem Grunde des Gesetzes annehmen, daß dasselbe Rechte Dritter nicht schmälern wollte, welche in einem thatsächlichen Verhältniß und in einem Retentions- oder Perklusionsrecht — unten § 364 bei Anm. 6 — einen besonderen Rückhalt wie auch eine gewisse Erkennbarkeit haben, so lange dieses Verhältniß noch dauert. Es gilt dies namentlich hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechtes des Vermiethers, Verpächters. So wird sich auch der von Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 18 S. 333 besprochene Fall erledigen lassen. 5. Grobes oder mäßiges Versehen beim Erwerb nimmt ihm die Eigenschaft der Redlichkeit. L. R. I, 7 §§ 13. 15. D. W. O. Art. 74. R. G. Bd. 6 S. 19, bei Gruchot Bd. 35 S. 128. 6. Zweifelhaft ist, in welchem Zeitpunkt guter Glaube vorhanden sein muß. Bei Abschluß des Veräußerungsgeschäftes? oder bei der Uebergabe? oder in beiden Zeiten? Der Zeitpunkt der Uebergabe entscheidet aus denselben Gründen, wie beim Besitzerwerb des Ersitzenden; vgl. oben § 174 Anm. 2. Anders Goldschmidt H. R. § 80 Anm. 19. Ueber Vertretung vgl. oben § 113 bei Anm. 8. — 7. Das Gesetz ignorirt in Folge des guten Glaubens des Erwerbers das Nichteigenthum des Veräußerers. Das Gleiche muß von dinglichen Beschränkungen seiner Verfügungsmacht gelten. Dagegen werden Mängel, die in seiner persönlichen Handlungsfähigkeit liegen, z. B. Wahnsinn, nicht geheilt. — 8. Der redliche Erwerber ist richtiger Ansicht nach auch geschützt, wenn auf der Sache ein gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot, insbesondere ein Arrest lastet. Vgl. oben § 146 Anm. 14. Anderer Ansicht ist Goldschmidt § 80 Anm. 25 mit Rücksicht auf die im öffentlichen Interesse begründete zwingende Kraft dieser Verbote. Aber auch die bezügliche Norm des H. G. B. ist im öffentlichen Interesse getroffen und verlöre durch eine Ausnahme zu Gunsten der Arreste sehr an Bedeutung. 9. Kläger hat den unredlichen Erwerb zu erweisen, vgl. oben Anm. 10. 10. Das Pfändungspfandrecht steht der Verpfändung nicht gleich, R. G. Bd. 26 S. 104. 11. Die Ausnahme, wonach der redliche Erwerber gestohlenen oder verlorenen Gutes nicht geschützt wird, ist auf alle Fälle zu beziehen, in welchen der Besitzverlust gegen den Willen des Besitzers eintrat, dessen dingliche Rechte erlöschen sollen. So wird auch code civil art. 2279 ausgelegt, vgl. R. G. Bd. 1 S. 255, Goldschmidt H. R. S. 821 ff., oben Anm. 1. Aber unrichtig

2. Werden Inhaberpapiere veräußert oder verpfändet und übergeben, so erhält der redliche Erwerber Eigenthum beziehungsweise Pfandrechte, ohne daß ihm Rechte entgegenstehen, welche er beim Erwerb nicht kannte.[15] [16] Dies auch wenn sein Rechtsvorfahr kein Kaufmann war oder nicht bei Gelegenheit seines Gewerbebetriebes handelte, oder wenn die fraglichen Papiere gestohlen oder verloren waren. Jedoch beziehen sich diese Bestimmungen nicht auf Papiere,[17] welche in gehöriger Weise außer Umlauf gesetzt sind, da sie in Folge dessen ihre Eigenschaft als Papiere auf den Inhaber verlieren.[18] Sie kommen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zu Gute demjenigen, welcher nachweisbar Inhaberapiere ohne Entgelt erwarb.[19] [20]

3. Wer auf Grund äußerlich zureichender Legitimation redlicherweise einen Wechsel erwirbt, wird dessen Eigenthümer, auch wenn seinem Vorfahr das Uebertragungsrecht fehlte.[21] Dieselben Bestimmungen gelten für andere indossable Papiere.[22] —

---

ist es, die Vindikation, wie Goldschmidt S. 822 Anm. 7 thut, selbst da zuzulassen, wo der Besitzverlust auf wesentlichem Irrthum, Verwechselung — oben § 108 bei Anm. 8 — beruht, da sich hier der Besitzverlust doch immerhin auf einen Willensakt des Eigenthümers gründet. 12. Für Seeschiffe, welche überhaupt vielfach Grundsätzen des Immobiliarsachenrechtes unterliegen, gilt Art. 306 nicht. So auf Grund des Art. 758 Abs. 2 und mit Berufung auf das bisherige Recht Goldschmidt R. H. S. 830.

15) Nach dem Wortlaut des Art. 307 des H. G. B. wird durch den redlichen Erwerb nur der Mangel des Eigenthums des Veräußerers gedeckt, nach dem Sinne auch die etwaige dingliche Beschränkung desselben beseitigt. Nicht geheilt wird die persönliche Verfügungsunfähigkeit des Veräußerers. Auch sie wird aber nach Landrecht gedeckt durch die weitergehende Bestimmung von L. R. I, 15 §§ 45. 47, wonach solche Papiere „vom redlichen Besitzer nicht zurückgefordert werden können".

16) Ueber die Frage der Redlichkeit vgl. oben Anm. 14 Ziff. 5 und 6. Ueber ihr Vorhandensein hat richterliches Ermessen zu entscheiden. Nach L. R. I, 15 § 52 ist die öffentliche Bekanntmachung des Verlustes der Papiere nicht hinreichend, um bösen Glauben des Erwerbers anzunehmen. Dies ist wohl selbstverständlich. Liegt es im Berufe des Erwerbers, sich von solchen Anzeigen auf dem Laufenden zu erhalten, so kann grobe Nachlässigkeit vorliegen, vgl. R. G. Bd. 6 S. 86, bei Gruchot Bd. 35 S. 127.

17) Vorausgesetzt ist, daß die Urkunde die Eigenschaft des Inhaberpapiers nach den gesetzlichen Anforderungen hat. Bloße sogenannte Legitimationspapiere, z. B. Sparkassenbücher, haben die Rechte der Inhaberpapiere nicht, vgl. unten Bd. 2 § 88 Anm. 4.

18) Vgl. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch Art. 15.

19) Diese Ausnahme wird freilich nur vom L. R. I, 15 § 46 gemacht, nicht aber ausdrücklich im Art. 307 des H. G. B., sie liegt jedoch in der Tendenz auch dieses Gesetzes, welches nur den redlichen Verkehr schützen will. A. findet z. B. ein Inhaberpapier des B. und schenkt es seiner Ehefrau, ohne ihr den Hergang mitzutheilen. Sollte die Vindikation des B. ausgeschlossen sein?

20) Natürlich bezieht sich der Erwerb nicht bloß auf das Papier, sondern auch auf das an dasselbe geknüpfte Forderungsrecht; vgl. unten Bd. 2 § 88 Anm. 9.

21) W. O. Art. 36. 74. Ob die Papiere gestohlen, ob sie von einem Nichtkaufmanne erworben sind, ist gleichgültig.

22) H. G. B. Art. 305.

Die Redlichkeit seines Vorfahrs kommt dessen Rechtsnachfolger zu Gute, auch wenn er wußte, daß sein Vorfahr die Sache von einem Nichteigenthümer erworben hatte. Denn es gehen auf ihn dessen Rechte über, durch welche die früher bestehenden Rechtszustände bereits umgestaltet waren.[23]

§ 189. Aufgebot und Ausschluß der Realberechtigten.[1]

Die zahlreichen stillschweigenden Hypotheken wie die unbedingte Zulässigkeit der vertragsmäßigen Generalhypotheken machten es in der römischen Kaiserzeit zum Bedürfnisse, einen Weg zu eröffnen, durch welchen der Käufer eines Grundstücks möglichst gegen die Gefahr künftiger Entwährung durch ihm unbekannte Pfandgläubiger geschützt wurde. Man fand denselben darin, daß man dem Verkauf des Grundstückes eine öffentliche Aufforderung an die Gläubiger vorhergehen ließ, etwaige ihnen zustehende Pfandansprüche anzumelden. Jeder, welchem die Aufforderung zur Kenntniß kam, wohin im Zweifel jeder am Orte der Bekanntmachung Anwesende gerechnet wurde, hatte sich dann bei Strafe, daß er als verzichtend angesehen wurde, vor dem Verkaufe zu melden.[2] Was in Rom der Verkäufer privatim zu thun pflegte, geschah in Deutschland durch das Gericht, welches auf Antrag Ediktalien an die unbekannten Realprätendenten erließ, und was dort nur auf die Vermuthung des Verzichtes sich gründete, wurde hier schlechthin Folge des Ausschlußurtheils, mittels dessen das Gericht die unbekannten Realberechtigten ein- für allemal ausschloß.

Dies solchergestalt sich ausbildende Aufgebotsverfahren war, so lange gesetzliche Hypotheken bestanden, ein fast unentbehrliches Hülfsmittel für den Erwerber eines Grundstücks, welcher sich Klarheit über dessen Schuldenstand verschaffen wollte. Ebenso nothwendig war es, um den Grundstückserwerber gegen etwaige Eigenthumsansprüche sicher zu stellen.[3] Nachdem sich aber die Einrichtung des Grundbuches vervollkommnet hat, und der öffentliche Glaube des Buches den Erwerber genügend schützt, ist das Aufgebotsverfahren nur in seltenen Fällen bezüglich der Grundstücke nothwendig.[4]

---

23) Vgl. H.G.B. Art. 306 Abs. 2. Doch stützen wir uns weniger auf den Wortlaut „zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Nachfolger" als auf die Rechtskonsequenz. Ist die spätere Kenntniß vom Nichtrecht seines Autors beim redlichen Erwerber selbst ohne Einfluß, so kann dieselbe auch bei seinem Nachfolger nicht wirken. Eine Dolusklage auf Schadensersatz ist freilich nicht schlechthin ausgeschlossen, z. B. der unredliche Besitzer verkauft als Kaufmann, um demnächst zurückzukaufen und bringt diese Absicht zur Ausführung.

1) Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. § 20ff., R. C. P. O. § 823ff., A. G. O. I, 51 § 99ff.: von Aufgeboten liegender Gründe. L. R. I, 15 § 54. Neumann d. Aufgebot von Hypothekenposten und Dokumenten 1880. Daude das Aufgebotsverfahren 2. Aufl. 1890. Wandersleben das Aufgebotsverf. 2. Aufl. 1884. Eccius Bd. 1 § 59.

2) l. 6 C. de remissione pignorum 8, 26. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 551.

3) Hypothekenordnung von 1783, II, § 95.

4) A. G. O. I, 51 §§ 1. 99ff.

a) Dasselbe kommt namentlich noch zur Anwendung, wenn für ein Grundstück, welches bisher nicht im Grundbuch verzeichnet war, ein Grundbuchblatt angelegt werden soll, falls der Antragsteller sein Eigenthumsrecht an dem Grundstück nicht unmittelbar vollständig darzuthun im Stande ist. Der Besitzer muß, um das Aufgebotsverfahren beantragen zu können, den Erwerb des Grundstückes durch eine öffentliche Urkunde bescheinigen oder durch Bescheinigung der Ortsbehörde nachweisen, daß er das Grundstück eigenthümlich besitze.[5]

b) Auch dann, wenn das Grundstück zwar im Grundbuche steht, aber auf den Namen eines Eigenthümers eingetragen ist, welcher notorisch Eigenthum nicht mehr hat, kann der Besitzer, welcher seine Eintragung als Eigenthümer beantragt, zur Ergänzung seiner Legitimation ein Aufgebotsverfahren bewirken, was namentlich nöthig ist, wenn das Grundstück seit der letzten Eintragung durch mehrere Hände gegangen ist.[6] [7] Ueberhaupt ist der Zweck des Aufgebotsverfahrens, wenn ein Grundbuchblatt einmal angelegt ist, hauptsächlich, den zeitigen Inhaber eines im Grundbuche verzeichneten Rechtes festzustellen, falls dasselbe von dem dort Eingetragenen auf andere Personen übergegangen ist, welche sich nicht eintragen ließen.

c) In genereller Weise ist außerdem, um alle denkbaren Fälle zu decken, der Grundsatz des älteren Rechtes, wonach mit jeder nothwendigen Subhastation ein Aufgebot der unbekannten Realprätendenten nothwendig verbunden war,[8] durch die neueren Ordnungen[9] wieder aufgenommen worden. Es muß nämlich die gerichtliche Bekanntmachung der Zwangsversteigerung des Grund-

5) G. B. O. § 135 übereinstimmend mit der Kabinets-Ordre vom 9. Mai 1839 n. I unter 2.

6) Gesetz vom 7. März 1845 zur Erleichterung des Verfahrens bei Berichtigung des Besitztitels. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 309. Ob die Bestimmungen dieses Gesetzes neben dem neuen Grundbuchrecht gelten, ist bestritten. Die neueren Ordnungen haben sie nicht ausdrücklich aufgenommen, ja die Motive zum Regierungsentwurf des jetzigen § 49 der G. B. O. scheinen sie abzulehnen. Sie sind aber unentbehrlich, da anderenfalls dem Eigenthumsbesitzer seine Eintragung im Grundbuche und hypothekarische Belastung seines Grundstückes versperrt bliebe durch einen materiell bedeutungslosen Vermerk. Als ein nothwendiges Mittel zur Wegräumung eines störenden Residuums, als etwas, was durch die Zwecke des Grundbuchwesens gefordert wird, muß daher die Praxis derartige Aufgebote nach wie vor zulassen. In diesem Sinne steht § 49 G. B. O. nicht entgegen. Dagegen Eccius Bd. 1 § 59 Anm. 11.

7) Besitz ist stets zum Antrag erforderlich. Kabinets-Ordre vom 9. Mai 1839, A. G. O. I, 51 § 100. Zwar ließ das Obertribunal Entsch. Bd. 22 S. 214 ein Aufgebot durch den Nichtbesitzer zu. Vgl. dagegen aber Koch L. R. I, 15 § 54, Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 309.

8) Vgl. Hyp. Ordn. von 1783 II, §§ 93—100.

9) Das Landrecht hielt eine solche von Amtswegen zu erlassende Aufforderung für entbehrlich, da ein Realrecht nur durch Eintragung oder Besitz begründet werden könne, also ohnehin erkennbar sei. Allein die Erkennbarkeit ist durch Besitz nicht immer sichergestellt.

stücks, das s. g. Subhastationspatent, die Aufforderung enthalten, daß alle diejenigen, welche das Eigenthum des Grundstückes beanspruchen, vor Schluß des Versteigerungstermins die Einstellung des Verfahrens herbeiführen, widrigenfalls das Kaufgeld in Bezug auf den Anspruch an die Stelle des Grundstückes tritt. Ein besonderes Ausschlußurtheil wird in diesem Falle nicht mehr erlassen; es tritt Umwandlung des Rechtes von Rechtswegen ein.[10]

d) Bei Seeschiffen, deren Rechtsbeziehungen in das Schiffsregister eingetragen werden, ohne daß doch Dritte sich auf das Eingetragene schlechthin verlassen können, findet Aufgebot und Ausschluß der nichtangemeldeten dinglich Berechtigten auch bei freiwilliger Veräußerung auf Antrag des Erwerbers statt.[11] —

Der Ausschluß betrifft nur unbekannte dinglich Berechtigte. Demnach nicht solche, die im Grundbuche verzeichnet sind.[12] Ebensowenig berührt er die sogenannten gemeinen, auf der örtlichen Verfassung beruhenden Lasten, welche Jedermann als bekannt gelten.[13] Endlich bezieht er sich auch nicht auf diejenigen Rechte, welche dem Antragsteller nachweisbar bekannt waren, so daß er in Bezug auf sie nicht in redlichem Glauben war.[14] Der Ausschluß geschieht — vom Fall der Zwangsversteigerung abgesehen — durch Erkenntniß, nachdem der Termin für die Anmeldung beanspruchter Rechte abgelaufen ist.[15]

III. Die Grundbuchverfassung.[1]

§ 190. Widerstreit des deutschen und des römischen Rechtes.

1. Das spätere römische Recht hatte keinerlei Veranstaltung getroffen, um den Rechtszustand der Grundstücke Dritten erkennbar zu machen. Für die Frage, wer Eigenthümer sei, mochte der Besitz einen — freilich oft unzuver-

10) Zw. V. Ges. vom 13. Juli 1883 § 40 Ziff. 9, vgl. Ziff. 8; vgl. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 § 13 unter 7, § 43 kennt noch das Präklusionsurtheil.

11) H. G. B. Art. 767, Preuß. Einf. Gesetz zum H. G. B. Art. 58.

12) Entsch. des Kammergerichts Bd. 2 S. 173. Die Ediktalcitation des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 §25 Abs. 4 betrifft selbst eingetragene Realberechtigte.

13) Hyp. Ord. I, § 48.

14) Auf das Aufgebot im Fall der Zwangsversteigerung, bei welcher der Erwerber des Grundstücks als solcher nicht Antragsteller ist, bezieht sich dies grundsätzlich nicht, vgl. aber R. G. Bd. 1 S. 165.

15) Gegen das Ausschlußerkenntniß findet ein Rechtsmittel nicht statt. Ueber die Anfechtung durch Klage vgl. R. C. P. O. § 834.

1) Die jetzt maßgebenden s. g. „Grundbuchgesetze" sind das über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 und die Grundbuchordnung von demselben Tage. Sie wurden ergänzt durch das Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883, fortan als Zw. V. G. citirt. Vgl. über diese Gesetze: Preußisches Hypothekenrecht — in der Meibomschen Sammlung deutscher Hypothekenrechte — Bd. 1 von Dernburg und Hinrichs 1877,

lässigen — Fingerzeig abgeben. Für die hypothekarische Belastung der Grundstücke hingegen fehlte jeder äußere Anhalt, da es vielmehr den Tendenzen der römischen Kaiserzeit entsprach, den Schuldenstand der Grundbesitzer Dritten gegenüber geheim zu halten. Hierin änderte auch der Vorzug der öffentlichen und quasi-öffentlichen Pfandrechte vor solchen, die in bloßen Privaturkunden niedergelegt waren, nichts Wesentliches. Denn es genügte zur Herstellung eines quasi-öffentlichen Pfandrechts die Zuziehung von 3 Zeugen bei der Pfandbestellung, so daß der Zweck dieses Vorzugsrechts nur dahin ging, fälschliche Vordatirungen in Pfandurkunden unschädlich zu machen,[2] nicht aber Herstellung wahrer Oeffentlichkeit war. Bei diesem Rechtszustande waren der Käufer, welcher ein Grundstück erwerben, und der Gläubiger, welcher eine Hypothek nehmen wollte, zu einer Prüfung sämmtlicher Urkunden, auf welche sich das Recht des Rechtsvorfahrs gründete, genöthigt und sie mußten sich zudem auf die Wahrhaftigkeit des Uebertragenden verlassen können, welche freilich in der auf dolose Verschweigung von Hypotheken gesetzten Strafe des Stellionates eine besondere Gewähr hatte.[3] Dem Käufer kam außerdem noch einigermaßen zu Hülfe das Recht, die hypothekarischen Gläubiger durch Aufgebot zur Anmeldung zu nöthigen.[4]

2. Dagegen war es Bestreben des älteren deutschen Rechtes, der Veräußerung und Verpfändung von Grundstücken dadurch Oeffentlichkeit zu geben, daß man dieselbe an der Dingstätte des Bezirkes der belegenen Sache öffentlich vollzog. Für die Veräußerung der Grundstücke insbesondere war seit dem späteren Mittelalter die Auflassung gewöhnlich,[5] bei welcher der bisherige Eigenthümer mit dem Erwerber vor dem Gericht der belegenen Sache erschien und Ersterer dem Letzteren das Grundstück mittels förmlicher Erklärung übereignete, woran sich richterliche Bekräftigung der Auflassung anschloß. Auch die ältere Form der Pfandbestellung durch eigentliche Satzung vollzog sich in vielen Orten mittels solcher Auflassung, bei der späteren Satzung war die gerichtliche Form der Begründung wenigstens Regel.[6] Allerdings behaupteten sich die deutschrechtlichen Anschauungen bei Aufnahme des römischen Rechtes in Deutschland nur in einzelnen Rechtsgebieten. Ueberwiegend galt gemeinrechtliches, d. h. römisches Hypothekenrecht; es wurden sogar in der Mark Brandenburg die durch Brief und Siegel beurkundeten

Bd. 2 von Dernburg 1891. Unter den zahlreichen Kommentaren der Grundbuchgesetze ist der umfassendste von Turnau 2 Bde. 4. Auflage 1888. In diesen Werken ist die Litteratur vollständig angegeben.

2) Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 417 ff., insbesondere S. 425 ff.

3) l. 3 § 1 stellionatus 47, 20.

4) Oben § 189 Anm. 2.

5) Vgl. Kraut Grundriß § 78, Gerber § 89, Stobbe D. P. R. Bd. 2 § 94.

6) Gerber § 149.

Hypotheken den öffentlichen als gleichstehend betrachtet.[7] Auch erkannte man die gemeinrechtliche Uebertragungsform des Eigenthums an Grundstücken, die Tradition, wenigstens grundsätzlich an.

3. Vom Ende des siebzehnten Jahrhunderts an begann aber in der preußischen Monarchie behufs Hebung des Realkredits eine Rückkehr zu deutschrechtlichen Anschauungen, wenn auch in neuen, einem entwickelten Verkehr entsprechenden Formen.

§ 191. Preußische Gesetzgebung über das Grundbuchwesen bis 1872.[1]

Folgende Gesetze sind es vornehmlich, durch welche sich das preußische Grundbuchrecht seit dem Ende des siebzehnten Jahrhunderts gestaltete:

1. Vorbild der späteren Landesgesetzgebung wurde ein städtisches Gesetz — das Edikt vom Erb- und Lagerbuch in den Residenzstädten, Berlin, Cölln u. s. f. vom 28. September 1693. Dieses Edikt verordnete die Errichtung eines städtischen Erb- und Lagerbuches, in welches alle im Weichbild jener Städte liegenden Gründe einzeln mit Angabe des Besitzers und der Hypothekengläubiger verzeichnet werden sollten, verlangte ferner die Eintragung des neuen Erwerbstitels in das Buch zur Vermeidung der Rechtsfolge, daß derselbe sonst für nichtig zu halten sei, und knüpfte endlich die Dinglichkeit der Hypotheken, gesetzlicher wie vertragsmäßiger, schlechthin an deren Eintragung. Nur nach und nach gelangte das Gesetz in den Residenzstädten zur praktischen Ausführung.[2] Ein Versuch König Friedrichs I., dasselbe auf die übrigen Landestheile auszudehnen, scheiterte vorzugsweise daran, daß man an die Eintragungen hohe Abgaben knüpfen wollte.[3] Immerhin drang die Beseitigung des römischen Vorrechts der vor Notar und Zeugen außergerichtlich errichteten Hypotheken, der sogenannten pignora quasi publica, durch,[4] womit die gerichtliche Hypothek erhöhte Bedeutung gewann.

2. Erst der Thätigkeit Friedrich Wilhelm I. war es vorbehalten, die Grundlagen des preußischen Grundbuchwesens zu legen. Es geschah dies durch die für die gesammte Monarchie — mit Ausnahme des Königreichs Preußen, in welchem durch dessen Landrecht besondere Vorkehrung getroffen war[5] —

7) Landeskonstitution v. J. 1594 Th. 2 Art. 19 Nr. 12, C. C. M. II, 3 S. 82.

1) Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 6 ff.
2) C. C. M. II, 2 n. XI. Vgl. n. XIII und auch n. XVII, Art. 33.
3) C. C. M. II, 2 n. 21 und 22 vom 20. September und 22. November 1704.
4) C. C. M. II, 2 n. XIII.
5) Hierfür ist zu vergleichen das Landrecht von 1721 p. II, 4. Buch Tit. VI, Art. 7 § 1 p. II, 4. Buch Tit. V, Art. 5.

erlassene, das Kreditrecht im Ganzen umfassende, aber für den Realkredit vorzugsweise wichtige Hypotheken- und Konkursordnung vom 4. Febr. 1722.[6] Durch dieselbe wurde jeder Gerichtsobrigkeit aufgelegt, ein vollständiges Grund- und Hypothekenbuch nach dem dem Gesetze angefügten Formulare einzurichten. In dasselbe sollten alle unbeweglichen Güter mit Beschreibung der Straße oder Gegend, wo sie gelegen, dem Namen des Besitzers, dem titulus possessionis, dem Werth, wie hoch er das unbewegliche Stück an sich gebracht, der etwaigen Schätzung in der Brandsocietät, den darauf haftenden Schulden verzeichnet werden. Jeder neue Erwerber wurde verpflichtet, seinen Besitztitel eintragen zu lassen, so daß derselbe, bis dies geschehen war, als ungültig und nichtig angesehen wurde. Nicht gerichtlich ingrossirte Hypotheken wurden zwar nicht schlechthin für nichtig erklärt, aber für die Regel den gerichtsöffentlichen, d. h. den im Grundbuch des Bezirks der belegenen Sache auf das Grundstück eingetragenen, Hypotheken nachgesetzt.

3. Nach der Eroberung Schlesiens übertrug Friedrich II. die preußische Hypothekenverfassung auf die neu erworbene Provinz durch die schlesische Hypothekenordnung vom 4. August 1750, welche die Bestimmungen der älteren Ordnung größtentheils übernahm, außerdem aber durch zahlreiche Zusätze ergänzte. Sie sollte auch in den anderen Provinzen zur Anwendung kommen, soweit ihre Bestimmungen zur Sicherheit der Gläubiger dienlich und applikabel wären.[7]

4. Zu dem Plan der Kodifikation Friedrichs des Großen gehörte auch eine Neubearbeitung der Hypothekenordnung. Sie schloß sich unmittelbar an die Prozeßreform an. Der von Suarez verfertigte klare und gefällige Entwurf wurde am 20. December 1783 als allgemeine Hypothekenordnung für die gesammten königlichen Staaten von König Friedrich vollzogen.[8] [9] Man beabsichtigte durch diese Hypothekenordnung eine größere Gleichförmigkeit bei Behandlung der Hypothekensachen in den verschiedenen Provinzen des Staates herbeizuführen, und den Gerichten deutliche und vollständige Anweisungen über die Einrichtung der Bücher und das Verfahren bei den Eintragungen zu geben; Aenderungen des materiellen Rechtes behielt man

---

6) C. C. M. II, 2. n. 39 p. 104. Dazu Projekt des codicis Fridericiani Marchici Th. 4 Tit. 9 §§ 52. 69. 75. 96. 129. 131.

7) Contin. IV des C. C. M. p. 263.

8) Die im Justizministerium aufbewahrten, nicht veröffentlichten Materialien zur Hypothekenordnung sind in zwei Bänden vereinigt. Der eine enthält ein durch den Obertribunalsrath Germershausen verfaßtes Projekt, welches von Suarez benutzt wurde, der andere die Entwürfe von Suarez selbst. Vgl. auch Simons Bericht bei Matthis Bd. 11 S. 191 ff.

9) Herausgegeben durch F. Förster, allgemeine Hypothekenordnung, Berlin 1861.

dem künftigen Gesetzbuche vor.[10] Der Grundsatz der Legalität wurde folgegerecht durchgeführt, so daß Eintragungen nur nach vorgängiger Prüfung der zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte zulässig sein sollten.

5. Tiefer greifende Umgestaltungen brachte das Landrecht selbst. Insbesondere hat dasselbe den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches zum ersten Mal zur Geltung gebracht, indem der im Hypothekenbuch eingetragene Besitzer in allen mit einem redlichen Dritten geschlossenen Verhandlungen als Eigenthümer angesehen werden soll, ohne daß dem wahren Berechtigten eine Anfechtung derselben offen steht.[11] Ferner enthält das Landrecht den durchgreifenden Satz, daß Hypotheken nur durch Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben werden.[12]

6. Auf der Hypothekenordnung von 1783 und dem Landrechte ruhte die preußische Grundbuchverfassung bis in die neuere Zeit. Verordnungen, Reskripte des Justizministers, sowie die Praxis der Gerichte bildeten dieselbe ins Einzelne hinein aus. Auch wurde sie nach dem Jahre 1815 in den zurück- und neuerworbenen Provinzen, soweit daselbst das preußische Landrecht in Kraft trat, eingeführt.[13] Einen Fortschritt vermittelte das Einführungsgesetz für Westphalen, da nach demselben den Hypothekenbüchern der Steuerkataster zu Grunde gelegt wurde.[14]

Eine gewisse Umständlichkeit bei Behandlung der Hypothekensachen, welche mehr der Art des vorigen Jahrhunderts, als unserer raschlebigen Zeit entsprach, wurde beseitigt durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 betreffend einige Abänderungen der Hypothekenordnung, die s. g. Hypothekennovelle.[15]

---

10) Daher hat z. B. die Hypothekenordnung von 1783 die nicht eingetragenen gesetzlichen Hypotheken, wo solche noch bestanden, nicht beseitigt, Hyp. Ordn. II, § 187. Auch ist der öffentliche Glaube des Buches, wonach redliche Dritte sich schlechthin auf die Eintragung verlassen können, der Hypothekenordnung richtiger Ansicht nach noch fremd. Daher nach Hyp. Ordn. II, §§ 93 und 95, vgl. § 103, der Erwerber nur dann gesichert ist, wenn er ein Grundstück im Wege einer nothwendigen Subhastation an sich brachte und nach nachgesuchtem Aufgebot ein Präklusionsurtheil erlangte. Anderer Meinung sind freilich die Meisten — vgl. auch Exner, Publicitätsprincip S. 19 — nach Hyp. Ordn. II, §§ 55 und 92, welche aber nur davon handeln, daß der Eingetragene zu Verfügungen beim Hypothekenbuche legitimirt ist, ohne über die Rechtsbeständigkeit derselben zu bestimmen.

11) L. R. I, 10 § 7 ff. Vgl. I, 19 § 4, I, 20 § 410. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 22.

12) L. R. I, 20 § 411. Vgl. a. a. O. § 10.

13) In Posen durch das Patent vom 4. April 1818, in Sachsen durch die Verordnung vom 16. Juni 1820, in Westphalen durch die Verordnung vom 31. März 1834.

14) Siehe unten § 194 zu 1c.

15) Die erste Anregung war durch die Ordre vom 19. Juli 1841 gegeben, welche eine Berathung der Maßregeln anordnete, wodurch die Bearbeitung des Hypothekenwesens weniger schwierig und die zur Eintragung bestimmten Dokumente einfacher und übersichtlicher gemacht werden könnten.

§ 192. Die Gesetze über das Grundbuchwesen vom 5. Mai 1872.

Das Gesetz von 1853 brachte die seit längerer Zeit gehegten Reformwünsche nicht zum Schweigen, welche theils in technischen Mängeln der Grundbuchverfassung ihre Veranlassung hatten, theils aus dem Wunsche hervorgingen, durch Erleichterung des Hypothekenverkehrs dem Grundbesitz die Kapitalien zu erhalten und zu sichern, welche sich überwiegend den Anlagepapieren der Börse zuwendeten. Doch hatten diese Wünsche zunächst nicht die Kraft, zu einer Umgestaltung des Grundbuchwesens zu führen, an dessen überkommener Verfassung die Mehrzahl der praktischen Juristen Preußens mit zäher, wenn auch schweigender Energie hing. Weder die Reformanträge im Herrenhause,[1] noch die im Abgeordnetenhause während der Jahre 1861 und 1862 aus der Initiative einzelner Mitglieder hervorgegangenen Vorschläge, noch der von dem Justizministerium im Jahre 1864 ausgearbeitete Entwurf[2] vermochten sich durchzusetzen.

Erst die Erweiterung der Monarchie brachte jene Bestrebungen zur Reife, indem fortan der Gesichtspunkt entscheidenden Einfluß gewann, daß eine Hypothekengesetzgebung hergestellt werden müsse, welche die Grundlage für ein einheitliches Recht des preußischen Staates, namentlich auch für die im Jahre 1866 neuerworbenen Provinzen gewähren könne. Zu diesem Zwecke wurden im Jahre 1868 zwei ineinandergreifende Gesetzentwürfe, nämlich einer „über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten" und ein anderer als „Grundbuchordnung", nach rascher Ausarbeitung dem Landtage vorgelegt. Beide Entwürfe wurden ohne Veränderung ihrer Grundlage in der Landtagssession 1869/70 vom Hause der Abgeordneten berathen und angenommen und nach Beendigung des französischen Krieges in der Session 1871/72 von beiden Häusern des Landtages mit wesentlichen vom Herrenhause veranstalteten Umgestaltungen angenommen. Unterm 5. Mai 1872 verkündet traten sie mit dem 1. Oktober desselben Jahres in Kraft.[3] Diese Gesetze brachten wesentliche Verbesserungen des bisherigen Rechtes. Aber sie sind von einem Formalismus beherrscht, welcher das materielle Recht ge-

---

1) Insbesondere ist in dieser Hinsicht von Bedeutung gewesen der Kommissionsbericht von Dr. Götze auf Grund eines unterm 10. Februar 1857 eingebrachten Antrages von v. Meding.

2) Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung für Preußen nebst Motiven, Berlin 1864. Ein interessanter Versuch.

3) Außerhalb des Gebietes des A. L. R. wurden die Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 durch Gesetze des Jahres 1873 in mehreren gemeinrechtlichen Landestheilen, durch Gesetz vom 12. April 1888 auch in der Rheinprovinz eingeführt. Sie gelten nicht in den vormals Nassauischen und Großherzoglich Hessischen Landestheilen, im Gebiet von Frankfurt am Main, im Kreis Herzogthum Lauenburg.

fährdet. Zudem sind sie wenig durchdacht, wenngleich glatt und gewandt redigirt. Der Anwendung der Analogie bleibt daher viel Raum, und es sind der wissenschaftlichen Auslegung besonders schwierige Aufgaben gestellt. Hinsichtlich des Verhältnisses der Gesetze zum früheren Rechte erheben sich hauptsächlich zwei Fragen:

1. In welchem Umfange sind die früheren Rechtsnormen aufgehoben? Die Motive des Regierungsentwurfs zum Gesetze über den Eigenthumserwerb heben als Absicht hervor, statt einer nur Einzelnes ergreifenden Novelle ein Gesetz auszuarbeiten, welches das ganze System umfassen und die Bedeutung einer „Kodifikation" erhalten solle. Hieraus ziehen diese Motive die Folgerung, daß gewisse Rechtsinstitute, deren in dem Gesetze keine Erwähnung geschieht, hierdurch abgeschafft[4] seien. Im Gesetze selbst aber ist über das Verhältniß des neuen Gesetzes zu dem älteren Rechte keine besondere Bestimmung getroffen.[5] Es muß also bei den allgemeinen Grundsätzen verbleiben. Diese Grundsätze aber führen zwar dahin, daß das ältere Recht außer Wirksamkeit trat, insofern es dem neuen widersprach, nicht aber zu dem Ergebniß, daß Rechtssätze um deswillen beseitigt sind, weil sie in dem Gesetze nicht erwähnt werden. Wenn sich auch aus den Motiven schließen läßt, daß die Absicht des Redaktors des Gesetzes so weitgehend war, das Gesetz hat diese Absicht nicht verwirklicht.[6] Die Grundbuchordnung hingegen hebt ausdrücklich die Hypothekenordnung vom 20. December 1783 auf, desgleichen alle dieselbe ergänzenden und abändernden Gesetze. Hier kann also die Frage entstehen, ob und wieweit ein älteres Gesetz als ein Abänderungs- oder Ergänzungsgesetz der Hypothekenordnung anzusehen ist, oder selbständigen Charakter hat, worüber stets im einzelnen Falle zu befinden ist.[7] Die älteren Bestimmungen haben aber, auch soweit sie aufgehoben wurden, bleibende Wichtigkeit für die Auslegung der neuen, auf sie gebauten und sie voraussetzenden Ordnung.

---

4) Vgl. Motive der Regierungsvorlage 1871/72 S. 56: „In dem vorliegenden Gesetze geschieht des Eintrittsrechts (jus offerendi) und des Vorbehalts der Verwirkung (lex commissoria) keine Erwähnung. Beide Institute sind dadurch abgeschafft."

5) Eine solche lag natürlich auch nicht in dem § 66 des Regierungsentwurfs des Gesetzes über den Eigenthumserwerb: „Alle diesem Gesetze entgegenstehenden Vorschriften sind aufgehoben." Mit Recht wurde dieser Satz als selbstverständlich im Herrenhause gestrichen. Die Specialbestimmung des § 71 des Gesetzes ist hier nicht in Betracht zu ziehen.

6) So auch R.G. Bd. 13 S. 240. Vgl. oben § 30 Anm. 1. — Beachtenswerth, wenn auch mit Vorsicht aufzunehmen ist die Aeußerung der Motive des Regierungsentwurfs: — S. 69 — „Die §§ 227—238. 242. 390—457, 466—533. I, 20 A. L. R., die Anhangsparagraphen 52. 53. 54, die Deklarationen vom 3. April 1824 und 21. März 1835 sind durch die Bestimmungen dieses Gesetzes aufgehoben."

7) G.B.O. § 143. Aufgehoben ist jedenfalls die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 in allen ihren Bestimmungen, da dieselbe nach ihrer Ueberschrift „einige Abänderungen der Hypothekenordnung von 1783" betrifft. · Nur vgl. unten § 197 Anm. 11.

2. Was die Wirkung der Grundbuchgesetze auf früher begründete Berechtigungen betrifft, so haben dieselben zwar der Regel nach keine rückwirkende Kraft.[8] Gleichwohl ist bei jeder einzelnen Bestimmung mit Rücksicht auf den Sinn dieser Gesetze zu prüfen, ob sich dieselben auch auf bereits bestehende Verhältnisse erstrecken sollte. Wenn z. B. im § 32 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vorgeschrieben wird, daß Grundstücke, welche nach der Eintragung einer Hypothek dem verpfändeten Grundstücke als Zubehör zugeschrieben werden, in dessen Pfandverbindlichkeit treten, so muß dies nach der Absicht des Gesetzes auch zu Gunsten von Hypotheken gelten, welche bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes bestanden.

Ausdrücklich bestimmte die Grundbuchordnung, daß Beschränkungen des Verfügungsrechts, sowie auf einem privatrechtlichen Titel beruhende dingliche Rechte, welche an dem Tage, wo dieses Gesetz in Kraft tritt, ohne Eintragung rechtsgültig bestanden, bis zum 1. Oktober 1873 eingetragen werden müßten, widrigenfalls sie dritten Personen gegenüber nicht mehr geltend gemacht werden können.[9]

§ 193. Die Grundbuchverfassung im Allgemeinen.

1. Die Führung der Grundbücher galt in Preußen stets als Aufgabe der Gerichte, wenngleich in derselben nur eine rechtspolizeiliche Thätigkeit liegt.

Dieselbe geschah nach älterem Rechte überwiegend kollegialisch, seit der Gerichtsorganisation von 1849 durch die zweiten Abtheilungen der Stadt- und der Kreisgerichte, und durch deren Deputationen und Kommissionen.[1] Nach den Gesetzen von 1872 erfolgte die Bearbeitung durch das „Grundbuchamt“, welches aus einem Einzelrichter und einem Buchführer, sowie den nöthigen Unterbeamten bestand.[2] Diese Beamten waren gleichwohl nicht dem Dienste der Grundbuchsachen ausschließlich gewidmet, gehörten vielmehr zugleich den genannten Gerichten an, mit welchen das Grundbuchamt verknüpft blieb, so daß sie auch mit anderen gerichtlichen Geschäften betraut werden konnten. Mit Einführung der Reichsjustizgesetze wurden die Grundbuchämter aufgehoben. Die Geschäfte der Grundbuchrichter werden seitdem von den Amtsrichtern, die Geschäfte der Grundbuchführer von den Gerichtsschreibern wahrgenommen. Die Thätigkeit in Grundbuchsachen

8) So auch R. G. Bd. 15 S. 258, 261 und Entsch. d. Kammergerichts Bd. 5 S. 190.

9) G. B. O. § 73, vgl. unten § 275 Anm. 18. Andere hierhergehörende Bestimmungen sind G. B. O. §§ 49. 133—140. E. G. § 42 Abs. 3; vgl. Rintelen Einfluß neuer Gesetze 1877 S. 86 ff., siehe auch unten § 241 Anm. 4.

1) Hyp. Ord. von 1783 I, § 1 u. ff. Verordn. vom 2. Jan. 1849 §§ 20. 22.

2) G. B. O. § 20 ff.

bildet aber immerhin einen besonderen Kreis in den Geschäften des Amtsrichters. Bei Verfügungen, die er als Prozeßrichter oder in anderer Eigenschaft behufs Eintragung erläßt, muß er daher als Grundbuchrichter „präsentiren".[3]

Beschwerden über Verfügungen des Grundbuchrichters gehen an das Landgericht des Bezirkes, welches über dieselben kollegialisch befindet.[4] Gegen die Entscheidungen der Landgerichte ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, welches aber nur auf Verletzung der Gesetze gestützt werden kann. Hierfür ist das Oberlandesgericht Berlin — das Kammergericht — ausschließlich zuständig. Sofern es sich aber um Verletzung einer Rechtsnorm handelt, welche in dem Bezirke des Oberlandesgerichts Berlin nicht gilt, hat dasselbe die Beschwerde demjenigen Oberlandesgerichte zu überweisen, zu dessen Bezirk das Landgericht gehört, von welchem die angefochtene Entscheidung ausging.[5]

2. Die Grundbücher werden regelmäßig nach Gemeinden oder selbständigen Gutsbezirken angelegt;[6] ältere Grundbücher sind zum Theil nach anderen Grundsätzen, z. B. bloß für die Rittergüter eines Bezirks, eingerichtet.

3. Aufnahme finden in den Büchern die Grundstücke, ferner das Bergwerkseigenthum, endlich selbständige Gerechtigkeiten.

a) Vor Allem erhalten besondere Blätter — s. g. Folien — die selbständigen Grundstücke, d. h. alle, welche nicht mit einem anderen Grundstücke zu rechtlicher Einheit verbunden sind.[7] Jedes von mehreren einem und demselben Besitzer gehörenden selbständigen Grundstücken hat der Regel nach sein besonderes Blatt; seiner Anlage nach besteht also das preußische Grundbuch aus s. g. Realfolien. Doch hat das praktische Bedürfniß des

---

3) Preußisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 31.

4) Früher waren die Appellationsgerichte Beschwerdeinstanz G. B. O. § 24 Abs. 2. Wegen des Ganges der Beschwerden über Verzögerungen im Geschäftsbetriebe siehe G. B. O. § 24 Abs. 1 und das in Anm. 3 citirte Ausführungsgesetz § 78 ff.

5) Das Anm. 3 citirte Ausführungsgesetz § 51 ff. Ueber die formellen Erfordernisse vgl. Entsch. des Kammergerichts Bd. 1 S. 1 ff. Nur die verletzte Partei, nicht etwa das Amtsgericht, dessen Verfügung vom Landgericht abgeändert wurde, ist befugt, die weitere Beschwerde zu erheben. Johow a. a. O. S. 1, 3, 82, 127.

6) Nach G. B. O. § 1 hat die etwaige Neuanlegung von Grundbüchern nach Gemeinden und selbständigen Gutsbezirken, wo solche aber ausnahmsweise gewisse Grundstücke nicht erfassen, nach den besonderen Grundsteuererhebungsbezirken zu geschehen.

7) Vgl. oben § 60. Im Gebiete der Grundbuchordnung belegene unbewegliche Zubehörungen von solchen Grundstücken, die außerhalb des Geltungsbereichs der Grundbuchordnung liegen, erhalten ein eigenes Blatt; sie unterstehen in dinglicher Hinsicht dem Rechte des Ortes, wo sie liegen vgl. G. B. O. § 5. Eccius Bd. 3 § 198 Anm. 4. Die Pertinenzqualität wird sich daher nur bei Auslegung der Rechtsgeschäfte über das Hauptgrundstück geltend machen.

mancher Orten sehr zersplitterten Grundbesitzes dazu geführt, bedeutsame formale Abweichungen hiervon zuzulassen.

Da die Einrichtung des Grundbuches im Interesse der Gesammtheit der Grundbesitzer getroffen ist, so kann es nicht von der bloßen Willkür der einzelnen Eigenthümer abhängen, ob sie ihre Grundstücke im Grundbuche verzeichnet haben wollen. Vielmehr wurden bei der ersten Anlegung der Hypothekenbücher sämmtliche selbständige Grundstücke des Bezirks von Amtswegen durch die Obrigkeit im Buche verzeichnet.[8] Jetzt allerdings tritt ein derartiger von Amtswegen geübter Zwang zur Eintragung von solchen Grundstücken, welche etwa noch nicht im Grundbuche verzeichnet stehen, nur ausnahmsweise auf Antrag dritter Interessenten ein. Zwar hat das Gesetz die Anforderung der Eintragung sämmtlicher Grundstücke grundsätzlich nicht aufgegeben. Dasselbe erachtet es aber als genügendes Zwangsmittel, daß ein nicht eingetragenes Grundstück nicht mehr im Wege freiwilliger Veräußerung gültig übertragen und nicht mehr verpfändet werden kann.[9]

Niemals kann ein Privateigenthümer bewirken, daß sein im Grundbuche einmal verzeichnetes Grundstück aus demselben entfernt werde.

Für Domainen und andere dem Staate gehörige Grundstücke, für das Grundeigenthum der Gemeinden, Kirchen, Klöster und Schulen, für das Territorium der öffentlichen Landwege und der Eisenbahnen hat das preußische Recht von jeher von einer Nöthigung zur Eintragung abgesehen, da solche Stücke regelmäßig nicht veräußert oder verpfändet werden.[10] Daher können sogar im Grundbuche eingetragene Grundstücke, welche für die genannten juristischen Personen und öffentlichen Zwecke erworben werden, auf Antrag des Eigenthümers aus dem Buche heraustreten. Dies nämlich, wenn ein Theil eines eingetragenen Grundstückes auf jene Rechtssubjekte unbelastet übereignet wird, indem dann sich die Abschreibung des Theiles auf dem Grundbuchblatt des Hauptgrundstücks vollziehen kann, ohne daß Zuschreibung auf einem anderen Blatte sich anschließen muß und zur Uebereignung nothwendig ist.[11]

---

8) Hyp. Ordn. von 1783 I, §§ 1. 6. 8 u. s. f. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 26. — Es bedurfte im Herzogthum Westphalen auch bei der ersten Anlegung des Buches regelmäßig des Antrages des Eigenthümers. Verordnung vom 31. März 1834 § 4.

9) G. B. O. § 1. — Gesetz über den E. E. §§ 1. 18. G. B. O. § 134.

10) Diese Bestimmungen des älteren Rechtes hält G. B. O. § 2 aufrecht.

11) Die G. B. O. § 59 erkennt dies ausdrücklich nur für die Uebereignung des Theiles eines Grundstücks durch Auflassung an. Der Grundgedanke ist aber offenbar, daß die Eröffnung eines neuen Foliums für öffentliche und gleichstehende Grundstücke unterbleiben kann, da für dieselbe kein Bedürfniß ist; vgl. G. B. O. § 2. Ist dem Ge=

b) Des Weiteren ist das Grundbuch zur Aufnahme des Bergwerkseigenthums mit dessen unbeweglichem Zubehör bestimmt. Und zwar wird von Amtswegen ein Zwang zur Eintragung geübt, wenn Bergwerkseigenthum neu begründet wird oder durch Konsolidation, Theilung oder Umtauschung von Grubenfeldern und Feldestheilen eine Veränderung erleidet.[12]

c) Endlich sind auch selbständige Gerechtigkeiten, d. h. solche, welche nicht Zubehör eines Grundstückes bilden, sondern für sich bestehen und daher für sich veräußerlich und verpfändbar sind, im Grundbuche eintragungsfähig.[13] Dies war früher von größerer Bedeutung. Die neuere Gesetzgebung hat die meisten dieser Rechte entweder aufgehoben oder doch für ablösbar und nicht mehr neu begründbar erklärt. Es bestehen vorzugsweise noch Schiffsmühlengerechtigkeiten, d. h. Berechtigungen, auf einem Strom eine Mühle zu haben, Fähr- und Fischereigerechtigkeiten und Apothekergerechtigkeiten.[14]

---

danken auch sonst Folge zu geben, um überflüssiges Schreibwerk zu vermeiden? Wir bejahen trotz der bei Vorberathung des Gesetzes geäußerten abweichenden Ansichten, also auch dann, wenn ein selbständiges, bisher mit anderen Grundstücken desselben Besitzers auf demselben Blatte vereinigtes Grundstück ganz zur öffentlichen Sache werden soll und abzuschreiben ist, ferner dann, wenn eine Parcelle nicht auf dem Wege der Auflassung, sondern der Enteignung oder anderen unfreiwilligen Erwerbes zur öffentlichen wird und eine Abschreibung vorzunehmen ist. Anderer Ansicht Turnau zu G.B.O. § 59.

12) Gesetz über den E. E. § 68. Der Erwerb geschieht nach den Vorschriften des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 und für die sächsischen Kohlenabbaugerechtigkeiten nach dem Gesetze vom 22. Februar 1869. — Das Oberbergamt hat dem Grundbuchrichter eine beglaubigte Abschrift der Verleihungsurkunde u. s. f. zuzustellen, damit dieser die Eintragung erzwingen kann. Für spätere Veräußerungen und Belastungen sind die Grundsätze der Gesetze vom 5. Mai 1872 unverändert maßgebend; die freiwillige Veräußerung fordert Auflassung, in anderen Fällen bedarf es der Eintragung zur Uebereignung nicht und findet auch in der Regel ein Zwang zur Eintragung von Amtswegen nicht statt.

13) Hypothekenordnung von 1783 I, § 14, vgl. oben § 63 Anm. 6 ff.

14) Können nach Inkrafttreten der jetzigen Grundbuchverfassung noch neue Blätter für selbständige Gerechtigkeiten angelegt werden? Die Herrenhauskommission hat dies, veranlaßt durch die Ausführungen des Regierungskommissars, in ihrem Berichte verneint auf Grund des § 69 des Gesetzes über den Erwerb des Eigenthums, wo jedoch nur geäußert wird, „wenn für selbständige Gerechtigkeiten Grundbuchblätter eingerichtet sind, so wird die Veräußerung und Verpfändung nach diesem Gesetze beurtheilt." Ob eine Einschreibung noch jetzt erfolgen kann, ist hieraus nicht zu entnehmen. Daß sie noch möglich ist, ergiebt § 3 der G.B.O., wonach die für Grundstücke geltenden Vorschriften dieses Gesetzes — also auch § 134 der G.B.O. — für Bergwerke und Gerechtigkeiten gelten sollen, sofern nicht anderes ausdrücklich bestimmt ist. Vgl. auch die Motive des Regierungsentwurfs von 1871/72 S. 159. Anderer Ansicht Förster Grundbuchrecht S. 34, dagegen aber Eccius Bd. 3 § 198 Anm. 3, weil die Einführungsgesetze der Grundbuchgesetze in die neuen Landestheile die Möglichkeit der Eintragung selbständiger Gerechtigkeiten in die Grundbücher anerkennen, den Gesetzen aber im landrechtlichen Gebiete kein anderer Sinn beigemessen werden könne, als in den gemeinrechtlichen Landestheilen.

§ 194. Die Individualisirung des Objektes. Der Titel des Blattes.

1. Die erste und grundlegende Aufgabe des Grundbuchblattes ist, das Grundstück, für welches es bestimmt ist, der Art zu bezeichnen,[1] daß dasselbe immer wieder, auch nach langer Zeit, und selbst nach Aenderung seiner äußeren Gestalt auf der Erdoberfläche genau seinem Umfange nach zu ermitteln ist. Dieser Aufgabe dient der erste Bestandtheil des Grundbuchblattes, der s.g. Titel — das Titelblatt.[2]

a) Dies Ziel war leichter zu erreichen, so lange die Verkehrsgeschäfte in Grundstücken nur träge, Parcellirungen und Vereinigungen bei der Geschlossenheit der Güter ausnahmsweise, bauliche Veränderungen selten von Statten gingen. Schwieriger und dringlicher wurde es, bei dem regen Grundstücksverkehr wie wir ihn erleben, jener Aufgabe nachzukommen. Die Hypothekenordnung von 1722 verlangte nichts als eine Beschreibung der Straße oder der Gegend, wo das Grundstück gelegen. Ausführlichere Angaben auf dem Titelblatt verordnete zwar die Ordnung von 1783 — Tit. I, §§ 33 und 34 — über Name, Qualität, Kreis, Distrikt, Straße, Platz. Doch der Umfang der Grundstücke und die genaue Lage ihrer einzelnen Bestandtheile war auch hiernach aus dem Buche nicht zu ersehen, vielmehr aus dem thatsächlichen Zustande und der Ortskundigkeit zu entnehmen. Daher es denn an Streitigkeiten nicht fehlte, wenn mehrere Stellen, insbesondere Häuser, im Laufe der Zeit ineinandergezogen, oder die Grenzen der Gärten und Felder verrückt, oder Abtrennungen vorgenommen waren. Ja, häufig kam es vor, daß im Grundbuche verzeichnete Grundstücke auf der Erdoberfläche nicht mehr zu finden, für den im Grundbuche Eingetragenen also thatsächlich verloren waren, nicht minder, daß Doppeleintragungen desselben Grundstücks auf verschiedenen Blättern erfolgten.

b) Keine ausreichende Abhülfe gewährte, daß man später dem Hypothekenrichter vorschrieb, neben der allgemeinen Bezeichnung der Grundstücke Angaben über deren Größe und über deren einzelnen Bestandtheile einzutragen, soweit hierüber zuverlässige Nachrichten vorlagen.[3] Bei Grundstücken, welche einer Gemeinheitstheilung unterzogen waren, gaben jedoch die „Separationsrecesse" und „Separationskarten" der Specialisirung eine sichere Grundlage.

1) Wie auch die Römer hierauf in ihrer Verpfändungsurkunde Gewicht legten, ergiebt das vor einiger Zeit gefundene Formular zu einem pactum fiduciae: . . . fundum Bajanum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi mancipio accepit . . adfines fundo dixit L. Titium et C. Sejum et populum et si quos dicere oportet . . .

2) Zwar ist es nicht üblich, die einzelnen Bestandtheile des Grundbuchblattes als besondere Blätter zu bezeichnen. Dennoch glauben wir diese sich an die Bezeichnung „Blatt" anschließende Benennung, welche die Darstellung erleichtert, gebrauchen zu dürfen. Vgl. § 196 z. A.

3) Instruktion vom 3. August 1853 Art. 2.

c) In der Provinz Westphalen näherte man sich dem gesteckten Ziele durch die Verbindung des Hypothekenbuches mit dem Kataster. Der Staat nämlich erhebt von ländlichen Grundstücken die Grundsteuer, von städtischen die Gebäudesteuer, worin eine eigenthümliche öffentlichrechtliche dingliche Belastung der Grundstücke liegt. Behufs Erhebung dieser Lasten führt der Staat eigene, auf geometrische Vermessungen und trigonometrische Berechnungen gegründete, Lage und Umfang der Grundstücke genau bezeichnende, deren Veränderungen nachtragende Bücher, den Kataster — von capitastrum, d. h. Steuerbuch nach capita.[4] Dadurch nun, daß man in der Provinz Westphalen die Grundstücke nach ihrer Bezeichnung im Kataster, unter Angabe ihrer dortigen Ziffer und Größe auf dem Titel der Grundbuchblätter eintrug, wurde das dortige Hypothekenbuch der gleichen Genauigkeit theilhaftig wie der Kataster.[5]

d) Die Grundbuchordnung von 1872 verlangt allgemein außer der Bezeichnung des Grundstückes und seiner Eigenschaften und Kennzeichen[6] die Verweisung auf die Steuerbücher, so daß dieser Fortschritt sämmtlichen Provinzen zugewendet ist. Es sollen die Grund- und Gebäudesteuerbücher, von welchen dem Grundbuchamte Abschriften mitzutheilen sind, zur Ausmittelung der in die Grundbücher einzutragenden oder bereits eingetragenen Grundstücke, ihrer Lage und Größe dienen. Zu diesem Zwecke ist die Bezeichnung der Steuerbücher auf dem Titel des Grundbuchblattes beizubehalten. Handelt es sich jedoch um Gutskomplexe, d. h. Grundstücke, welche historisch und rechtlich eine Einheit bilden, z. B. als Rittergut, Bauernhof, während ihre ein-

---

4) Für die einzelnen „Gemarkungen", welche in der Regel mit den Gemeinden oder Gutsbezirken zusammenfallen, werden Flurkarten aufgestellt, in welchen die sämmtlichen Grundstücke der Gemarkung auf Grund der oben gedachten Vermessungen und Berechnungen nach Lage und Grenzen verzeichnet und zu einem Gesammtbild zusammengestellt sind, wobei sie mit laufenden, für jede Abtheilung der Flur von vorn beginnenden Ziffern versehen werden. Diesen Karten entsprechen Flurbücher, d. h. Verzeichnisse der einzelnen Grundstücke in der Zifferfolge der Karte mit Angabe des Flächeninhalts der Grundstücke, ihres Reinertrags und ihres Eigenthümers. Endlich wird für jede Gemarkung eine s. g. Grundsteuermutterrolle aufgestellt, in deren Artikeln der gesammte Grundbesitz der einzelnen Steuerpflichtigen aufgeführt ist. Die Gebäude stehen in der Gebäudesteuerrolle unter laufenden Nummern. Näheres siehe bei Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 166 ff. Vgl. ferner Lorenz Abhandlung: Ist die Zurückführung des Grundbuchs auf das Kataster zweckentsprechend und völlig erreichbar? Halle a. S. 1874; Reusch Zurückführung des Grundbuchs auf die Steuerbücher, Berlin 1890; Koppers Verbindung des Grundbuchs mit der Katasterkarte bei Gruchot Bd. 36 S. 319.

5) Verordnung vom 31. März 1834 § 5. Kab. Ordre vom 16. Juli 1840. Die weiteren Anweisungen des Finanzministers vom 16. August 1872 siehe bei Turnau, G. B. O. Bd. 2 S. 55 ff.

6) G. B. O. § 8. Auch die etwaige Eintragung des Grundstückes in die Landgüterrolle — unten Bd. 3 § 247 — und die Nummer des Rollenblattes ist auf dem Titelblatte des Grundstückes zu vermerken.

zelnen Bestandtheile im Kataster nach ihrer verschiedenen Bestimmung, — als Haus, Wiese, Acker, Holzgrundstück — oder nach ihrer Lage oder nach ihrer verschiedenen Ertragsklasse gesondert aufgeführt sind, so ist die Eintragung des Gesammtgrundstücks unter seinem historischen Namen noch immer zulässig. Es genügt dann, daß im Titel des Grundbuchblattes auf das Steuerbuch verwiesen und daß die Gesammtfläche nach dessen Angabe eingetragen wird.[7]

Da in den Steuerbüchern regelmäßig nur die Lage und Größe derjenigen Grundstücke besonders verzeichnet ist, welche der Grundsteuer, nicht aber auch derjenigen, welche der Gebäudesteuer unterliegen, so muß der Eigenthümer, wenn er auch hier die nöthige Genauigkeit erzielen will, die Vermessung solcher Grundstücke und die Vervollständigung der Steuerbücher beantragen.[8]

Auch der Grundsteuerreinertrag und der Gebäudesteuernutzungswerth, nach welchem die Steuerveranlagung der Grundstücke geschieht, ist auf dem Titel des Blattes einzutragen, um dem Verkehre einen Anhalt zur Beurtheilung der Belastungsfähigkeit des Grundstücks zu geben.[9]

2. Zu verzeichnen sind auf dem Titel, wie die einzelnen das Grundstück von jeher bildenden Bestandtheile, so auch dessen unbewegliche Zubehörstücke, d. h. solche Grundflächen, welche nicht von Alters her zu dem Hauptgrundstücke gehörten, wohl aber später mit ihm durch den Willen des Eigenthümers zu einem rechtlichen Ganzen ver-

7) G. B. O. 4. Anweisungen des Finanzministers von 16. August 1872, sowie vom 17. Januar 1875. Verfügung des Justizministers vom 31. Januar 1873.

8) G. B. O. § 4.

9) Doch giebt weder Reinertrag noch Nutzungswerth einen sicheren Werthmesser. Was den Grundsteuerreinertrag angeht, so wurde nach § 3 des Gesetzes vom 21. Mai 1861 die von der ländlichen Liegenschaft der gesammten Monarchie aufzubringenden Grundsteuer auf eine ein für allemal bestimmte Summe festgesetzt — kontingentirt —, welche nach Verhältniß des zu ermittelnden Reinertrags auf die einzelnen Provinzen vertheilt wurde. Innerhalb der Provinzen wurde wiederum die Grundsteuerhauptsumme auf die Gemeinden und selbständigen Gutsbezirke, und innerhalb dieser auf die grundsteuerpflichtigen Liegenschaften vertheilt. Bei Ermittelung des Reinertrags verfuhr man in Bausch und Bogen, nahm auf den wirthschaftlichen Zusammenhang der Grundstücke mit andern oder mit gewerblichen Anlagen keine Rücksicht, ebenso wenig beachtete man die auf den Grundstücken ruhenden Reallasten und Servituten, zudem war nicht der wirkliche Reinertrag maßgebend, sondern der Betrag, welcher durch verhältnißmäßige Vertheilung der im voraus festgestellten Grundsteuerhauptsumme ermittelt wurde. Veränderungen, welche der Ertrag durch spätere Verbesserungen, Anlage von Eisenbahnen, Fabriken erfuhr, sind vollends nicht in Betracht gezogen. Der Gebäudesteuernutzungswerth richtet sich nach dem durchschnittlichen Miethsertrag in den Gemeinden, in welchen die Gebäude regelmäßig durch Vermiethung benutzt werden, wird nach je 15 Jahren revidirt und giebt daher einen zuverlässigeren Maßstab für den wirklichen Werth der bezüglichen Gebäude. In ländlichen Ortschaften, in denen die Gebäude nicht überwiegend vermiethet werden, beruht er aber auf durchaus unzureichenden Faktoren. Vgl. Lorenz Abhandlung aus der Grundbuchordnung, Halle 1874.

einigt wurden.[10] Außerdem können die dem Grundstücke zugehörigen Gerechtigkeiten auf dem Titel einen Platz finden.[11]

3. Rechtliche Veränderungen[12] im Bestande des Grundstücks sind nachzutragen, um Wirksamkeit zu haben. Es muß also eine Abschreibung erfolgen, wenn Bestandtheile oder Zubehörstücke von dem eingetragenen Grundstücke getrennt werden sollen. Nicht weniger hat eine Zuschreibung zu geschehen, wenn dem Hauptgrundstücke bisher nicht zu ihm gehörige Grundstücke zutreten sollen, um mit ihm fortan eine rechtliche Einheit zu bilden. Auch die Einschreibung solcher Veränderungen geschieht auf dem Titel.

4. Die Eintragungen von Sachenrechten an dem Grundstück können sich auf körperliche Theile des Grundstücks beschränken. Nothwendig ist hierfür bestimmte Bezeichnung, welche den Umfang des belasteten Theils auch Dritten erkennbar macht.[13]

§ 195. Wandeläcker. Artikel.

In den Gegenden zersplitterten Grundbesitzes war das reine System der Realfolien, wonach für jedes selbständige Grundstück ein besonderes Blatt angelegt werden mußte, nicht durchführbar, da ein und derselbe Eigenthümer dort oft sehr viele, meist sehr kleine selbständige Grundstücke besitzt.

a) Man gab daher, abweichend von der Hypothekenordnung von 1783, nach, daß mehrere unter demselben Gerichte belegene, selbständige Grundstücke desselben Besitzers auf ein und dasselbe Grundbuchblatt geschrieben wurden,[1] so daß dieselben keineswegs zu einer juristischen Einheit vereinigt wurden,[2] vielmehr nur die Zusammenschreibung zur Erleichterung der technischen Behandlung geschah.[3] Solche auf einem Grundstücksblatte nur äußerlich ver-

10) Vgl. oben §§ 61 und 62.

11) Dernburg und Hinrichs a. a. O. Bd. 1 S. 186 ff. Insbesondere können auf Antrag des Eigenthümers Grundgerechtigkeiten auf dem Blatte des berechtigten Grundstückes vermerkt werden.

12) Dernburg und Hinrichs a.a.O. Bd. 1 S. 198 ff. Natürliche Veränderungen des Umfanges durch Stromesgewalt, Erdschlupf spotten freilich des Katasters. Allerdings können sie auf Antrag des Eigenthümers nachgetragen werden. Daß er denselben aber stelle, dafür fehlt jeder Zwang.

13) Bezeichnung nach Maßgabe der G. B. O. § 58 wird nicht verlangt. Dringende Nützlichkeitsgründe haben die Praxis veranlaßt, diese Abweichung vom Specialitätsprincip anzuerkennen. Entsch. des Kam. G. Bd. 8 S. 80. Für die strengere Ansicht sprechen sich unsere früheren Auflagen aus.

1) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 159 Anm. 25.

2) Solche äußerlich zusammengeschriebene Grundstücke können also nach wie vor selbständig belastet werden. Werden sie gemeinsam verpfändet, so entsteht eine Korreal-Hypothek. — Auf Antrag sind die Grundstücke wieder auf besondere Blätter einzutragen.

3) Da die Fälle der rechtlichen Vereinigung zweier Grundstücke — die Zuschreibung des einen als Zubehör des anderen — und die der bloß äußeren Verbindung auf einem Blatte — Zusammenschreibung „walzender" Grundstücke — ganz verschiedene Rechtsfolgen haben, so ist es wichtig, in jedem Falle, in welchem die Ein-

bundene, selbständige Grundstücke nannte man mit einem dem deutschen Recht entnommen, hier aber in besonderem Sinne gebrauchten Ausdruck „walzende Grundstücke" oder „Wandeläcker."

Auch die jetzige Grundbuchordnung läßt eine solche Zusammenschreibung mehrerer in demselben Grundbuchbezirk[4] liegender selbständiger Grundstücke desselben Eigenthümers auf dessen Antrag zu, wenn daraus nach dem Ermessen des Grundbuchrichters keine Verwirrung zu besorgen ist.

b) Außerdem hat die Grundbuchordnung von 1872 für den zersplitterten Grundbesitz, den sogenannten Artikel — Formular II —, eingeführt, welcher die äußere Gestalt des Personalfoliums hat. Dieser Artikel[5] hat die Bestimmung, sämmtliche demselben Eigenthümer gehörige Grundstücke mit ihren dinglichen Belastungen aufzunehmen. Den Titel verzeichnet daher nur die Person des Eigenthümers. Die erste Abtheilung erst enthält das Verzeichniß seiner Grundstücke und daneben Zeit und Grund des Erwerbes, und die Abschreibungen, worauf sich dann in den weiteren Abtheilungen die dinglichen Belastungen anschließen.[6] Gehen alle auf einem Blatt unter einem Artikel eingetragenen Grundstücke auf einen neuen Eigenthümer über, so wird ein neuer Artikel angelegt und der alte geschlossen.[7]

In der folgenden Darstellung ist auf diese Nebenform nicht weiter einzugehen, da dieselbe bloß von formaler Bedeutung ist und grundsätzlich die im Artikel aufgenommenen Grundstücke keine andere Stellung haben als die auf besonderen Grundbuchblättern stehenden.

§ 196. Eintragungen in die einzelnen Abtheilungen.

Außer dem Titelblatt enthält das Grundbuchblatt drei Abtheilungen oder, wie die Hypothekenordnung von 1783 sie nannte, Rubriken, nämlich

---

tragung mehrerer Grundstücke auf ein Blatt beantragt wird, die Absicht der Betheiligten zu ermitteln und buchmäßig zum Ausdrucke zu bringen.

4) G. B. O. § 13. Dies ist also auch zulässig, wenn die mehreren Grundstücke in verschiedenen Gemeinden liegen.

5) Der Name ist der Grundsteuermutterrolle entnommen, in welcher wie oben § 194 Anm. 4 hervorgehoben wurde, der gesammte Grundbesitz der einzelnen Steuerpflichtigen unter einen „Artikel" verzeichnet steht.

6) G. B. O. §§ 14 und 15.

7) G. B. O. § 62. Es genügt aber bei Uebertragung des gesammten Grundbesitzes des Artikels auf einen Erwerber, den Namen desselben auf dem Titel unter dem bisherigen Eigenthümer einzutragen. So die ungedruckte Ministerialverfügung vom 5. Februar 1874 nach Fischer Grundbuchgesetzgebung. Es entspricht dies der Zweckmäßigkeit, wenn auch das Gesetz hiervon nichts weiß. Ueber das Formular II spricht man sich übereinstimmend ungünstig aus. Eccius Bd. 3 § 191 bezeichnet es als „unübersichtlich", auch Koppers bei Gruchot Bd. 36 S. 328 erachtet die Einführung des Formular II als ungerechtfertigt und schädlich.

erstens das Eigenthumsblatt für die Eintragung des Eigenthümers, zweitens das Belastungsblatt für die dinglichen Belastungen außer den Hypotheken und den Grundschulden, endlich drittens das Hypothekenblatt für die Pfandrechte.

Die Einschreibungen — oder Eintragungen im weiteren Sinne — auf diese Blätter bilden entweder:

a) Eintragungen im engeren Sinne, welche die buchmäßige Veröffentlichung der Neubegründung oder der Uebertragung eines dinglichen Rechtes bezwecken, oder

b) Löschungen, d. h. Einschreibungen zum Zwecke der Veröffentlichung der Tilgung eines dinglichen Rechtes oder der Aufhebung der Uebertragung oder sonstigen Veränderung eines Rechtes.

Hierzu kommen die Vormerkungen, nämlich vorläufige Einschreibungen.

Alle Einschreibungen müssen in buchmäßiger Verbindung stehen. Daher kann eine dingliche Belastung nur eingetragen werden, wenn der sie bewilligende Eigenthümer eingetragen ist, und buchmäßige Uebertragung oder Löschung eines Rechtes kann nur erfolgen, wenn dasselbe im Buche vermerkt ist.

Was nun den Inhalt der einzelnen Abtheilungen des Genaueren betrifft, so ist:

1. in die erste Abtheilung der gegenwärtige Eigenthümer einzutragen, und zwar physische Personen mit Vor- und Zunamen, Stand, Gewerbe, Wohnort oder Aufenthaltsort, juristische Personen mit ihrem gesetzlichen oder statutarischen Namen, Aktien- und andere Handelsgesellschaften, Genossenschaften und Hülfskassen unter ihrer Firma mit Angabe ihres Sitzes nach Maßgabe ihrer Eintragung im Handelsregister oder Genossenschaftsregister.[1] [2]

Früher erblickte man in der Eintragung des Erwerbsgrundes, insbesondere des vorgehenden Veräußerungsgeschäfts, etwas Wesentliches und bezeichnete danach die Eintragung des Eigenthümers als Besitztitelberichtigung. Nach der jetzigen Grundbuchverfassung geschieht die Einschreibung des Erwerbsgrundes nur auf Antrag. Dagegen muß, wenn der Erwerb durch Auflassung geschieht, diese und zwar mit ihrem Datum vermerkt werden.[3] Auch die Eintragung des Erwerbspreises

1) G. B. O. § 10, vgl. Hyp. Ordn. von 1783 I, § 41. Die Geburtszeit des minderjährigen Eigenthümers ist nicht zu vermerken, da das Buch nicht zur Auskunft über die persönliche Verfügungsfähigkeit des Eigenthümers zu dienen hat. Vgl. unten Anm. 7.

2) Vgl. Preuß. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 Art. 23, Instruktion vom 12. December 1861 § 103.

3) G. B. O. § 10. Die außerdem erforderte Datirung der Eintragung entspricht allgemeiner, alle Einschreibungen betreffender Vorschrift. G. B. O. § 44.

erfolgt nach der jetzigen Grundbuchverfassung, abweichend vom älteren Recht, nur auf Antrag;[4] ebenso, wie seit lange der Gebrauch ist, die Eintragung des Werthes nach einer öffentlichen Taxe und bei Gebäuden der Feuerversicherungssumme.[5]

Da das Eigenthumsblatt nur für die Eintragung des gegenwärtigen Eigenthümers bestimmt ist, nimmt es die Angabe etwaiger Beschränkungen dieses Rechtes, wie auflösende Bedingungen und Endtermine nicht auf. Solche Einschränkungen sind vielmehr unter den Belastungen in der zweiten Abtheilung zu verzeichnen. Auch folgt aus jener Bestimmung des Eigenthumblattes, daß wenn Eigenthum unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermine zugewendet ist, die hierin wurzelnde Anwartschaft auf dasselbe in der zweiten Abtheilung einzutragen und erst das fertige Recht auf das Eigenthumsblatt zu überschreiben ist.

Bemerkenswerth ist ferner, daß in dieser ersten Abtheilung eine besondere Spalte für Veränderungen, insbesondere für Löschungen nicht besteht. Buchmäßig stellt sich nämlich jede auf den Eigenthumszustand bezügliche Veränderung dar als Succession. Dies selbst dann, wenn die Eintragung in Folge rechtskräftigen Urtheils geschieht, durch welches dem bisher Eingetragenen das Eigenthum auf Grund einer Anfechtungsklage aberkannt wurde, so daß der Sieger auch hier dem Ueberwundenen einfach in der Nummerreihe zu folgen hat.

2. Die zweite Abtheilung enthält die dinglichen Belastungen des Grundstückes. In ihr können auch solche Rechte eingetragen werden, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung nicht bedürfen, z. B. Deichlasten und andere gemeine Lasten. Ausdrücklich sind jedoch von der Eintragung ausgeschlossen die an den Staat zu entrichtenden öffentlichen Abgaben und Leistungen, da für deren Eintragung die Steuerbücher bestimmt sind.[6]

---

4) Man nahm an, daß der Grundsteuerreinertrag und Gebäudesteuernutzungswerth, welche auf dem Titel des Blattes einzutragen sind, in der Regel genügenden Anhalt für den Werth des Grundstückes gewähren, vgl. aber oben § 194 Anm. 9.

5) Bei diesen Eintragungen, und zwar nicht bloß des Versicherungswerthes, sondern ebenso der öffentlichen Taxe wie des Erwerbspreises, ist das Datum der Werthfestsetzung einzutragen, obgleich man G. B. O. § 10 bloß auf den Versicherungswerth beziehen könnte. Hierfür spricht das Formular I, Anlage A der G.B.O.; freilich nicht Formular II, Anlage B. Man vergegenwärtige sich aber die Schätzung eines Berliner Hauses aus dem Jahre 1866, 1872, 1878, 1892, um die Wichtigkeit der Datirung zu würdigen. Privattaxen werden nicht eingetragen.

6) G. B. O. § 11. Vgl. auch unten § 275 bei Anm. 9 ff. Zuläßig ist die Eintragung öffentlicher Belastungen servitutenähnlichen Charakters, z. B. von Rayonbeschränkungen in der Umgebung von Festungen. Auch die aus dem Nachbarrecht entspringenden Legalservituten können eingetragen werden.

Zur Einschreibung kommen hiernach in der ersten Spalte dieser Abtheilung einmal die dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremder Sache, z. B. Nießbrauch, Reallasten, und wenn deren an sich nicht erforderliche Eintragung geschehen soll, Miethe, Pacht, Grundgerechtigkeiten. Zum Zweiten werden hier Rechte bezüglich der Substanz der Grundstücke verzeichnet, z. B. Ansprüche der Lehn- und Fideikommißanwärter, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte, aus einem aufschiebend bedingten oder betagten Eigenthumserwerbe entspringenden Rechte, auf Rechtsgeschäften beruhende Verfügungsbeschränkungen, richterliche einstweilige Verfügungen, der Vermerk, daß die Zwangsversteigerung beantragt, daß Konkurs eröffnet sei. Die in besonderen Fällen vorgeschriebene Eintragung von Beschränkungen der persönlichen Handlungsfähigkeit des Eigenthümers geschieht gleichfalls an diesem Orte.[7]

Eine zweite Hauptspalte dieser Abtheilung dient der Beurkundung von Veränderungen der eingetragenen Belastungen, z. B. von Umwandlungen, Abtretungen, Verpfändungen, woran sich eine Nebenspalte für Löschung dieser Veränderungen anschließt, d. h. für die Beurkundung etwaiger Wiederherstellung des früheren Zustandes des eingetragenen Rechtes.

Eine dritte Hauptspalte ist für die Löschung der eingetragenen Belastung selbst, d. h. für die Beurkundung ihrer Aufhebung bestimmt.[8]

3. In der dritten Abtheilung endlich haben die Hypotheken und Grundschulden ihren Platz unter Angabe ihres Betrages, ihrer Verzinsung, der Bedingungen der Rückzahlung.[9] Hierfür dient die erste Hauptspalte.

Eine zweite Hauptspalte dieser Abtheilung nimmt die Veränderungen — früher s. g. Subingrossationen — auf, z. B. Cessionen, Verpfändungen, Vorrechtseinräumungen, so daß sich auch hier eine Nebenspalte hinzugesellt, welche für die Löschung der Veränderung, d. h. Herstellung des früheren Rechtszustandes bestimmt ist.

Endlich in der dritten Hauptspalte erfolgt unter der Bezeichnung Löschungen die Beurkundung des Unterganges der Hypothek oder der Grundschuld.[10]

Eine in die zweite oder dritte Abtheilung des Grundbuches eingetragene Berechtigung wird von dem Gesetze nicht selten mit dem allgemeinen Namen „Post" bezeichnet.

---

7) Vgl. oben § 75 Anm. 14, § 76 Anm. 12.

8) Vgl. G. B. O. § 11 Abs. 3.

9) Vgl. Gesetz über den Eigenthumserwerb § 23, unten § 319.

10) G. B. O. § 12.

§ 197. Die Anträge. Konsensprincip. Die Einschreibung.

1. Der Grundbuchrichter trägt die auf den dinglichen Rechtszustand der Grundstücke bezüglichen Veränderungen nicht von Amtswegen in das Grundbuch ein, auch wenn dieselben dienstlich zu seiner Kunde kommen sollten. Vielmehr handelt er der Regel nach nur auf Antrag derjenigen Partei, welche bei der Eintragung betheiligt ist.[1] Nicht immer muß der einzutragende Erwerber der Antragsteller sein, nicht selten ist vielmehr auch antragsberechtigt, wer die Eintragung bewilligt.

2. Der Antrag ist mündlich bei dem Grundbuchrichter[2] zu Protokoll zu geben oder schriftlich einzureichen.[3] Sämmtliche eingereichte Anträge[4] und Urkunden, auf welche sich die Einschreibungen stützen, müssen gerichtlich oder notariell aufgenommen oder — der Unterschrift nach — beglaubigt sein.[5] [6] Jedoch bedürfen schriftliche an das Amtsgericht gerichtete Anträge keiner Beglaubigung, wenn sie sich auf beglaubigte Urkunden stützen, in welchen die Betheiligten die fragliche Eintragung oder Löschung bewilligt haben.[7]

3. Die Frage, welche Unterlage der Antrag haben muß, beantwortet sich durch das s. g. Konsensprincip.[8] Hiernach können grundsätzlich Ein-

---

1) G. B. O. § 30. Wenn hier bestimmt wird, „die Grundbuchämter verfahren mit Ausnahme der im Gesetz bestimmten Fälle nur auf Antrag", so ist damit richtiger Ansicht nach eine ausdehnende Auslegung der gesetzlichen Fälle, in welchen der Richter von Amtswegen einzutragen hat, nicht ausgeschlossen. Es gilt dies namentlich von § 118 der G. B. O., nach welchem eine aus Versehen gelöschte Forderung von Amtswegen wieder eingetragen werden kann, indem der Richter auch wegen anderer versehentlicher Einschreibungen von Amtswegen einzuschreiten befugt sein muß. Vgl. unten § 201 Anm. 4 und 6.

2) Der Grundbuchführer ist also zur protokollarischen Aufnahme ohne Mitwirkung des Richters nicht berechtigt, G. B. O. § 32.

3) G. B. O. §§ 31. 32.

4) Die allgemeinen und besonderen Erfordernisse hinsichtlich der Vornahme von Rechtsgeschäften gelten auch für die Anträge. Verwirrend ist daher die besondere Hervorhebung der G. B. O. § 34. — Ueber Anderes vgl. G. B. O. §§ 36—39.

5) Urkunden und Anträge öffentlicher Behörden bedürfen, wenn sie ordnungsmäßig unterschrieben und untersiegelt sind, keiner Beglaubigung, G. B. O. § 35, nach Anh. § 415 der A. G. O. II, 1 § 3 n. 3. Hiernach genügt Ausstellung der Cession einer der Stadtgemeinde gehörigen Forderung durch den Magistrat der Stadt, ohne daß es weiterer Beglaubigung bedarf. Anders bei Gruchot Bd. 12 S. 412.

6) Ueber die Form der Beglaubigung bestimmte G. B. O. § 33 Abs. 2; jetzt sind §§ 4 und 5 des Gesetzes vom 8. März 1880, § 28 des Gesetzes vom 15. Juli 1890 maßgebend. Beglaubigt müssen auch privatschriftliche letztwillige Verfügungen sein.

7) G. B. O. § 33. Für den Antrag auf Löschung einer Hypothek, welche auf den Eigenthümer übergegangen ist, gilt dies richtiger Ansicht nach nicht, R. G. Bd. 9 S. 100. Dernburg Pr. P. R. Bd. 2 S. 316. Bezüglich Löschung einer Zwangshypothek siehe Zw. V. G. v. 13. Juli 1883 § 12. Ueber die Legitimation der Notare vgl. G. B. O. § 36.

8) Dasselbe wurde insbesondere im mecklenburgischen Rechte durchgeführt. Vgl. Meibom Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 70. Die ältere Grundbuchverfassung fand die Unterlage vorzugsweise in dem Nachweise, daß sich die fragliche Rechtsveränderung bereits vollzogen habe, oder in einem dieselbe rechtfertigenden materiellen Geschäftstitel, vgl. oben § 186 Anm. 9.

schreibungen nur erfolgen mit Bewilligung derer, welche durch dieselben belastet werden oder ein Recht verlieren, Personen, die wir Passivbetheiligte nennen. Die Bewilligung ist eine von ihrem Grunde absehende — abstrakte — Erklärung. Sie kann ersetzt werden durch rechtskräftiges Urtheil oder durch Ersuchen einer zuständigen Behörde. Giebt daher der zur Ertheilung der Eintragungsbewilligung Verpflichtete dieselbe nicht, so muß der Eintragungsberechtigte seinen Anspruch gegen ihn zunächst im Rechtswege verfolgen. Doch hat das Gesetz das Konsensprincip nur für die Belastung der zweiten und dritten Rubrik folgerichtig durchgeführt,[9] dagegen dieses Princip in Bezug auf die Eintragung des Eigenthümers zum Theil verlassen.[10]

4. In formeller Hinsicht entsteht die Frage, ob die Bewilligung zur Einschreibung ausdrücklich vorliegen muß, oder ob es hinreicht, daß die Einschreibung die nothwendige Folge des Rechtsgeschäftes bildet, in welches derjenige eingewilligt hat, gegen welchen dieselbe zu nehmen ist. Wir werden uns für die letztere Ansicht zu entscheiden haben, da das Gesetz die Ausdrücklichkeit der Zustimmung nicht fordert.[11]

5. Die Anträge datiren von dem Eingang des Gesuches um Eintragung beim Amtsrichter oder beim Gerichtsschreiber.[12] Ist das Amtsgericht mit mehreren Richtern oder mit mehreren Gerichtsschreibern besetzt, so gilt als Zeitpunkt des Einganges eines Gesuches um Eintragung im

---

9) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§ 8. 13. 14. 16. 19. 22. 49. 53. 58. 59. G. B. O. §§ 89. 92. 100.

10) Vgl. insbesondere G. B. O. §§ 50. 51. Siehe unten § 245.

11) Eine Unterstützung dieser Ansicht finden wir im Folgenden. Der § 53 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb verlangt zur Eintragung der Abtretung einer Hypothek der allgemeinen Regel entsprechend die Bewilligung des Gläubigers, gleichwohl wird in § 80 der G. B. O. bei den formellen Erfordernissen nur der Nothwendigkeit der Abtretungserklärung gedacht, offenbar weil man in derselben stillschweigend die Bewilligung zur Umschreibung erblickte und dies für genügend ansah. Hiernach bleibt unter Anderem auch die Vorschrift des § 8 der Novelle vom 24. Mai 1853 materiell in Kraft, wonach es nicht erforderlich ist, daß in den Urkunden über eine Hypothekbestellung außer der Verpfändungserklärung eine besondere Einwilligung zur Einschreibung des Pfandrechts in das Hypothekenbuch — Intabulationsklausel — aufgenommen wird. Vgl. Dernburg Pr. Hyp. R. Bd. 2 S. 226.

12) Aus § 31 der G. B. O.: „Anträge werden . . bei dem Grundbuchamt angebracht . . oder eingereicht", entnahmen wir den Schluß, daß nur im Geschäftslokal und in den Geschäftsstunden eingelaufene Anträge zu präsentiren seien; vgl. § 45 der G. B. O. Anträge, welche beim Grundbuchrichter zu Hause oder im Wirthshause eingereicht werden, waren noch nicht beim Amte angebracht. Hatte sie der Beamte auch aus Gefälligkeit angenommen, so waren sie doch erst im Amtslokal zu präsentiren. Diese Auffassung entsprach dem System des Gesetzes, wonach sich die Eintragung möglichst sofort an die Anmeldung anschließen soll, G. B. O. § 48, und verhütete den Schein ungerechtfertigter Bevorzugung Einzelner. Gegenüber dem § 31 des Ausführungsgesetzes vom 24. April 1878 dürfte dieselbe jedoch nicht mehr haltbar sein. Vgl. auch Bahlmann zu G. B. O. § 42 Ziff. 3.

Grundbuche derjenige Augenblick, in welchem das Gesuch dem mit den Geschäften des Grundbuchrichters oder Grundbuchführers hinsichtlich des betreffenden Grundstücks beauftragten Richter oder Gerichtsschreiber vorgelegt wird.[13] Die Gesuche sind genau mit dem Zeitpunkt ihres Einganges zu bezeichnen und zwar mindestens nach Tag und Stunde. Laufen in derselben Stunde verschiedene Anträge ein, welche möglicherweise kollidiren, so sind auch kleinere Zeittheile zu verzeichnen.[14]

6. Da sich nach dem Zeitpunkte des Einlaufens die Ordnung der Einschreibungen im Buche zu richten hat, so ist die Frage wichtig, wie der Richter Anträge zu behandeln hat, welche nicht vollständig sind oder für welche die nöthigen Unterlagen nicht beigebracht wurden. Hat der Richter solche Anträge in den Akten bis zu ihrer Vervollständigung zu behalten, wodurch er ihnen das Vorrecht der früheren Anmeldung sichert, aber freilich noch neben dem Grundbuch den Grundakten für den Realzustand maßgebende Bedeutung giebt? Dies war nach älterem Recht das Uebliche, wenn das angemeldete Recht im Wesentlichen bescheinigt war.[15] Oder hat er Anträge kurzer Hand zurückzuweisen, welche nicht sämmtliche Voraussetzungen einer sofortigen Eintragung enthalten? Das Letztere würde zwar der formellen Behandlung der Grundbuchsachen entsprechen, welche dem Gesetzgeber in der Grundbuchordnung vorschwebte;[16] dennoch drängt der administrative Charakter des Verfahrens dazu, Nachsicht zu üben und das Publikum vor den Kosten und Gefahren zurückweisender Verfügungen möglichst zu bewahren.[17]

7. Die Einschreibungen im Buche erfolgen auf Grund einer Verfügung des Grundbuchrichters nach der von ihm zu entwerfenden Eintragungsformel. Sie sind im Grundbuche mit dem Tage der Einschreibung zu datiren und vom Grundbuchrichter und dem Grundbuchführer zu unterzeichnen.[18]

---

13) Preußisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 31 Abs. 2.

14) G. B. O. § 42.

15) Vgl. Hypothekenordnung von 1783 II, § 18.

16) Vgl. § 48 der G. B. O.: „Der Grundbuchrichter darf die Auflassungserklärung erst entgegennehmen, wenn er nach Prüfung der Sache dafür hält, daß der sofortigen Eintragung des Eigenthums ein Hinderniß nicht entgegensteht."

17) Entsch. des Kammergerichts Bd. 3 S. 85, Dernburg Pr. Hyp. R. Bd. 2 S. 272.

18) G. B. O. § 44. Liegt hierin eine Bedingung der Gültigkeit, so daß Einschreibungen ohne Unterschrift nichtig sind? Dies ist die Meinung von Meibom a. a. O. S. 68 Anm. 5 für das Mecklenburgische Recht, welches dieselben Formen vorschreibt. So auch die erste Auflage dieses Werkes; man wird indessen richtiger auch in dieser Bestimmung nur eine Ordnungsvorschrift sehen, welche thatsächlich die Zuverlässigkeit der Buchführung garantiren soll. Anders Rocholl Rechtsfälle Heft 2 S. 212. Jedenfalls ist instruktioneller Natur, wenn § 44 bestimmt, daß die in die zweite und dritte Abtheilung einzutragenden Posten in jeder Abtheilung mit fortlaufenden Nummern zu versehen sind.

8. Für jedes Grundbuchblatt sind besondere Akten, s. g. Grundakten zu halten. In diesen sind die Anträge und richterlichen Verfügungen in Urschrift, die zu Grunde liegenden Urkunden wenigstens in beglaubigter Abschrift aufzubewahren. Zu den Grundakten gehören die sogenannten Tabellen, nämlich wörtliche Abschriften der betreffenden Grundbuchblätter.[19]

§ 198. Mittel der Nöthigung zum Antrag auf Eintragung.

1. Das Grundbuch ist zu dem Zwecke angelegt, ein getreues Bild des jeweiligen Rechtszustandes der Grundstücke zu geben. Gleichwohl erfolgen, wie bemerkt, neue Einschreibungen, durch welche die Veränderungen des dinglichen Rechtszustandes zur Oeffentlichkeit kommen, der überwiegenden Regel nach nur auf Antrag. So entsteht das Problem, wie sich bewirken läßt, daß diese Anträge mit den Veränderungen des materiellen Rechtes stets rechtzeitig Hand in Hand gehen, damit der Inhalt des Grundbuches mit dem jeweiligen Rechte dauernd in Uebereinstimmung bleibt.

Die Wege zur Erreichung dieses Zieles sind vorzugsweise folgende:

a) Der Rechtserwerb vollzieht sich zwar unabhängig von der Eintragung, die Gesetzgebung verläßt sich aber dafür, daß die Eintragung nachfolge, auf gewisse Vortheile, welche aus der Eintragung erwachsen, wohin namentlich das Recht der Belastung der Sache im Grundbuche gehört, und auf die Furcht vor Nachtheilen, welche dem nichteingetragenen Berechtigten dadurch entstehen, daß die im Buche Eingetragenen bei Verhandlungen mit redlichen Dritten noch als die Berechtigten gelten.

b) Man fügt dieser mittelbaren Nöthigung unmittelbaren Zwang hinzu, welchen der Grundbuchrichter durch Strafandrohungen und andere Maßnahmen zu dem Zwecke ausübt, um den Antrag auf Eintragung Seitens des Erwerbers des dinglichen Rechtes herbeizuführen.

c) Ein grundsätzlich verschiedener Weg liegt darin, daß die Rechtsveränderung an die Einschreibung geknüpft wird, so daß sie sich erst durch die Vornahme derselben vollzieht. Diese Weise führt am sichersten zum Ziel. Jedoch wäre es gewaltsam und müßte zur Verletzung des materiellen Rechtes führen, wenn man eine solche Behandlung ohne Unterschied überall einführen wollte.

2. Ein wesentlicher Gegensatz des älteren Grundbuchrechtes und des jetzt in Kraft stehenden liegt darin, daß sich früher der Erwerb der Sachenrechte

19) G. B. O. § 18. Diese den Grundakten vorgeheftete Abschrift erspart dem Richter das zeitraubende Nachschlagen der schwerfälligen Grundbücher z. B. in Vormundschafts- und Nachlaßsachen, bei Aufnahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Er thut dies aber im Falle der Ungenauigkeit der Tabelle auf eigene Verantwortung.

meistens ohne Eintragung vollzog, daß hingegen nach dem nunmehrigen Rechte die Eintragung in viel weiterem Umfange Erforderniß des Zustandekommens dinglicher Rechte an Grundstücken geworden ist.

Das ältere Grundbuchrecht hatte nämlich nur das Entstehen der Hypotheken von der Eintragung abhängig gemacht, wie die Hypotheken auch nur durch Löschung im Buche erloschen.[1] Dagegen vollendete sich der Erwerb des Eigenthums ohne Eintragung, und zwar bei freiwilliger Veräußerung schon durch die auf einen schriftlichen Vertrag gegründete Tradition des Grundstücks. In Folge dessen zeigt die Geschichte des preußischen Rechtes ein unablässiges Experimentiren, um die Eigenthümer, welche theils aus Furcht vor den Kosten, theils aus Trägheit den Gefahren der Nichteintragung trotzten, zu den Anträgen auf Eintragung zu bestimmen und das Eigenthumsblatt auf dem Laufenden zu erhalten.

§ 199. Zwangstitelberichtigung. Das Institut der Auflassung.

Im Folgenden sind die mannichfach wechselnden Weisen darzustellen, wie man seit etwa einem Jahrhundert die Eintragung des Eigenthumserwerbes herbeizuführen suchte.

1. Schon die schlesische Hypothekenordnung von 1750 legte den Erben die Pflicht auf, von einem Erbanfall binnen Jahresfrist Anzeige behufs ihrer Eintragung zu machen, bei Strafe der Erlegung des Doppelten der Gebühren im Falle unentschuldigter Versäumniß.[1] Die Hypothekenordnung von 1783 forderte im Interesse der öffentlichen Ordnung Anzeige jeder Eigenthumsveränderung binnen Jahresfrist, widrigenfalls der Erwerber durch Strafandrohung, äußersten Falles durch einen fiskalischen Anwalt zur Angabe und Berichtigung seines Titels angehalten werden sollte.[2] Dieses Zwangsverfahren wurde zwar nach einiger Zeit aufgehoben, indem man für genügend hielt, denjenigen, welcher seinen Erwerbstitel binnen Jahresfrist nicht eintragen ließ, mit dem Doppelten der Gebühren zu belegen,[3] bald aber durch die Verordnung vom 30. August 1810 wieder hergestellt.[4]

2. Suspendirt wurde die Verpflichtung der Grundstückserwerber zur Berichtigung ihres Besitztitels, welche als Eingriff in die persönliche Freiheit der Einzelnen galt und vornehmlich wegen der Kosten der

---

1) Schlesische Hypothekenordnung vom 4. August 1750 § 10 cont. IV des C. C. M. p. 273; oben § 191 Ziff. 3. L. R. I, 20 § 411.

2) Hypothekenordnung von 1783 II, § 49 ff. So auch L. R. I, 10 §§ 12. 13.

3) Publikandum vom 1. Oktober 1805. Mathis Bd. 2 S. 1. Der Staat und der dinglich Berechtigte behielten das Recht, die Eintragung des Eigenthümers zu erzwingen.

4) Mathis Bd. 9 S. 322.

Eintragung unbeliebt war,[5] durch die Kabinetsordre vom 31. Oktober 1831. Sie war hiermit in Wahrheit für immer beseitigt.

Jedoch ließ man die zwangsweise Einwirkung der Hypothekenbehörde in dem Falle bestehen, daß dieselbe von einem solchen Realinteressenten nachgesucht ward, dessen eigene Eintragung von der vorgängigen Einschreibung des Besitztitels des Eigenthümers abhängig war, oder auch wenn eine zuständige Behörde, z. B. die Generalkommission, der Subhastationsrichter, die Eintragung des Eigenthümers forderte. Die Hypothekenbehörde hatte dann zunächst mit Strafandrohungen gegen den Eigenthümer zu verfahren; äußersten Falles geschah die Eintragung auf Anstehen des Provokanten, falls dieser die zur Besitztitelberichtigung nöthigen Urkunden beschaffte, gegenfalls auf Antrag eines dem Eigenthümer zur Ordnung der Angelegenheit zwangsweise gegebenen Vertreters.[6] Eine Grundlage fand dieses Verfahren der Zwangstitelberichtigung in der Vorschrift, wonach alle gerichtlichen und notariellen Veräußerungsverträge über Grundstücke der Hypothekenbehörde im Original oder in beglaubigter Abschrift einzusenden und zu den Grundakten zu nehmen waren. Diese Vorschrift gab auch den nicht eingetragenen Veräußerungen in etwa Oeffentlichkeit durch die Grundakten. Dazu kam, daß sämmtliche Gläubiger der zweiten und dritten Abtheilung von dem Einlaufen solcher Verträge benachrichtigt wurden.[7]

Der so sich entwickelnde Zustand, nach welchem regelmäßig das Gutfinden des Eigenthümers darüber entschied, ob er seine Eintragung im Grundbuche beantragen wolle, war bequem, doch dem Grundgedanken der Grundbuchverfassung entsprach er mit nichten. Denn da demzufolge vielfach die Eintragung des Erwerbers unterblieb, so entstand häufiger, als nöthig und wünschenswerth die Duplicität des Eigenthümers, indem der Eine noch als Eigenthümer verzeichnet stand, der Andere aber wirklicher Eigenthümer war. Die Nachtheile solchen Zustandes wurden im Laufe der Jahre immer fühlbarer. Dies einmal für die nicht eingetragenen Eigenthümer selbst. Bei Ausbruch unvorhergesehener Kalamitäten, bei Kündigung von Kapitalien, welche auf ihren Grundstücken standen, fanden sie sich nicht selten kreditlos, da die Eintragung von neuen Hypotheken Aufschub erleiden mußte, bis zur Abwickelung der Operationen, welche für die eigene, nunmehr nachzuholende, Eintragung nothwendig wurden. Die Nichteintragung des einen Eigenthümers erschwerte außerdem, indem sie die Reihe der Eintragungen unterbrach, die Legitimation und

---

5) Vgl. Sethe bei Simon und Strampff Zeitschrift Bd. 1 S. 358ff.

6) Kab. Ordre vom 6. Oktober 1833.

7) Deklaration des § 54 Tit. 20 Theil I des A. L. R. vom 21. März 1835, Instruktion vom 12. Juni 1835. Vgl. Förster Hypothekenordnung 2. Aufl. S. 88.

Eintragung aller seiner Rechtsnachfolger. Für Dritte endlich, welche mit dem Eigenthümer zu thun hatten, etwa Ablösungen vornehmen, Expropriationen durchführen oder Klage erheben wollten, erschien es unerwünscht, daß der wahre Eigenthümer nicht mehr aus dem Grundbuche mit irgend welcher Zuverlässigkeit erkennbar war.

3. Aus solchen Gründen hat das E. E. Gesetz von 1872 den Eigenthumserwerb von Grundstücken und dessen Eintragung für den wichtigen Fall freiwilliger Veräußerung unmittelbar mit einander verbunden. Demzufolge kann sich die freiwillige Veräußerung von Grundstücken nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche vollziehen. Die Auflassung erfolgt durch die beim Grundbuchrichter abgegebene Erklärung des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage.[8]

Der Vortheil dieses Systemes, daß das Grundbuch nunmehr in höherem Grade als bisher den wirklichen Zustand der Eigenthumsverhältnisse darstellt, ist hoch zu schätzen. Ihm steht freilich die Schattenseite gegenüber, daß die Veräußerung von Grundstücken sich nicht mehr, wie früher, allein vollzieht durch den Willen und die Thätigkeit der betheiligten Parteien, daß sie vielmehr abhängt von der Mitwirkung des Richters, daß also der Zeitpunkt ihrer Vornahme und unter Umständen die Möglichkeit ihres Abschlusses durch das Ermessen des Richters bestimmt wird.

Dagegen bleibt es in allen Fällen der nichtfreiwilligen Veräußerung, insbesondere bei Erbfällen, auch nach dem jetzigen Rechte dabei, daß sich der Erwerb ohne die Eintragung vollzieht und es an einem unmittelbaren Zwange zu deren Vornahme fehlt.[9]

Hiernach ist die Duplicität des Eigenthums nicht beseitigt; ja eine solche Beseitigung ist undenkbar, da sie nichts anderes hieße, als daß jede richterliche, wenn auch noch so ungerechtfertigte Eintragung eines Nichteigenthümers im Grundbuche diesem Eigenthum verleihe, also den wirklichen Eigenthümer enteigne.

§ 200. Die Rangordnung der Eintragungen.

1. Sind mehrere Eintragungsgesuche für dasselbe Grundstück beim Grundbuchrichter eingelaufen, so hat, sofern die Betheiligten nichts Anderes rechtsgültig festgestellt haben, der Zeitpunkt des Anbringens der Gesuche

---

8) Gesetz über den Eigenthumserwerb § 2. Vgl. unten § 240.

9) Vgl. unten § 226. Ueber die Fälle, in denen Dritte noch jetzt den Eigenthümer durch den Grundbuchrichter zur Eintragung seines Eigenthumes zwingen können, siehe unten § 245 Anm. 1.

darüber zu entscheiden, in welcher Ordnung der Richter die Eintragung vorzunehmen hat.[1] Es können sich hierbei die Fälle in sehr verschiedener Weise gestalten.

Handelt es sich um solche Eintragungen, welche in derselben Abtheilung des Grundbuchblattes beantragt werden und die an sich mit einander vereinbar sind, so erledigt sich die Sache einfach. Sind nämlich in einem solchen Falle die Gesuche nach einander eingekommen, so hat die Eintragung in der Reihenfolge des Zeitpunktes des Einlaufes der Gesuche zu geschehen, was das Vorrecht in der Abtheilung sichert. Wurden die Gesuche gleichzeitig vorgelegt, so hat die Eintragung zu gleichen Rechten zu erfolgen.[2] [3] Zweifelhaft ist, wie der Richter zu verfahren hat, wenn ihm — sich nicht ausschließende — Gesuche auf Eintragungen in verschiedene Abtheilungen vorliegen, z. B. die Anmeldung eines Nießbrauchrechts und einer Hypothek. Wenn auch das Gesetz dies nicht ausdrücklich bestimmt, so ist es doch als Pflicht des Richters zu erachten, bei der Eintragung in den verschiedenen Abtheilungen zugleich das aus der früheren Vorlegung des einen Gesuches folgende Vorrecht zu vermerken, indem sonst die aus dem früheren Einlauf sich ergebende Priorität gefährdet würde.[4]

Endlich können aber auch die mehreren eingelaufenen Gesuche sich schlechthin widerstreiten. Es läuft z. B. ein Antrag des A. auf Eintragung einer Hypothek auf Grund der Bewilligung des C. ein, nachdem C. sein Grundstück bereits dem B. aufgelassen hat. Hier kann das spätere Gesuch überhaupt nicht berücksichtigt werden. Wie aber, wenn die Anträge auf Eintragungen, welche sich absolut widerstreben, gleichzeitig eingekommen sind? Läßt sich durch Ver-

1) Oben § 197. Das Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 31 Abs. 2 bestimmt: „Als Zeitpunkt des Einganges eines Gesuches um Eintragung im Grundbuche gilt der Zeitpunkt, in welchem das Gesuch dem mit den Geschäften des Grundbuchrichters oder Grundbuchführers hinsichtlich des betreffenden Grundstücks beauftragten Richter oder Gerichtsschreiber vorgelegt wird.“ Der Zeitpunkt des Anbringens der Gesuche ergiebt sich regelmäßig aus dem auf dieselben gesetzten Präsentationsvermerk, ohne daß jedoch der Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Mit welcher Wirkung? Dies bestimmt sich nach Verschiedenheit der Fälle. Ist die Eintragung noch nicht erfolgt, es gelingt aber einer Partei, den Grundbuchrichter zu überzeugen, daß der Buchführer falsch präsentirte, so muß die Eintragung nach dem wirklichen Einlauf geschehen. Ist bereits eingetragen, so treten die bei Anm. 11 und 12 entwickelten Grundsätze ein.

2) Dies bestimmt E. E. Gesetz §§ 17. 34, G. B. O. § 45.

3) Wie, wenn mehrere Anträge durch dieselbe Briefpost einlaufen? Wird man die Gesuche als gleichzeitig angebracht erachten, damit der zufällige Umstand nicht entscheide, welcher Brief vom Beamten zuerst eröffnet wird? So billig dies scheint, so führt doch solche Billigkeit auf eine schiefe Ebene. Das Richtige ist, daß der Beamte schlechthin nach der Ordnung, in welcher ihm die Gesuche in die Hand kommen, präsentirt. Jede zufällige Verzögerung in der Präsentation trifft den Antragsteller. Anderer Ansicht Turnau G. B. O. Bd. 1 zu § 45 der G. B. O. unter 2.

4) Vgl. E. E. Gesetz § 36 a. E.

handlung mit den Betheiligten eine Verständigung, welche zweckmäßigerweise anzustreben ist, nicht herbeiführen, so ist der Sachverhalt bei jedem Eintragungsvermerk in möglichst klarer Weise kund zu geben und den Betheiligten zu überlassen, über den Konflikt eine prozeßrichterliche Entscheidung herbeizuführen, welche das Verhältniß beider Eintragungen endgültig feststellt.[5]

2. Die bisher entwickelten Grundsätze haben den Richter bei der Einschreibung zu leiten. Ist diese aber einmal erfolgt, so richtet sich die Priorität nach dem Inhalte des Buches.

Und zwar ordnen sich die in derselben Abtheilung — also namentlich in der zweiten und dritten — eingetragenen Rechte nach der Reihenfolge der Eintragungen,[6] nach dem sogenannten Lokusprincip, so daß nicht die zeitliche, sondern die räumliche Aufeinanderfolge der Eintragungen entscheidend ist.[7] Es kommt daher auch nichts darauf an, ob ein Recht ein bedingtes oder ein zur Sicherung einer künftigen Forderung bestimmtes oder Anfangs nichtiges, später gültig gewordenes ist. Berechtigungen in verschiedenen Abtheilungen ordnen sich unter einander nach dem Datum der Eintragung,[8] [9] so daß Eintragungen unter demselben Datum gleichen Rang haben.[10] Dies aber nur, wenn nicht eine andere, z. B. auf der Priorität der Einreichung des einen Gesuches beruhende, Ordnung vermerkt ist.

Ist durch einen Fehler des Richters bei der Eintragung der einen Post ein besserer, der anderen aber ein schlechterer Platz im Grundbuche zugewiesen worden, als sich nach der Reihenfolge der Anmeldungen gebührt hätte, so rechtfertigt dies allein ein Klagerecht des Zurückgesetzten gegen den ungehöriger Weise Bevorzugten noch nicht, selbst wenn die bevorzugte Post sich noch in der ersten Hand befinden sollte.[11] Vielmehr ist zur Begründung der

---

5) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 127. Ein Widerstreit der Rechte ist nicht anzunehmen, wenn die Eintragung trotz der anderen wenigstens eventuell zur Geltung kommen kann. Es entstehen in dieser Hinsicht leicht Zweifel. Kann z. B. der Richter nach Eintragung des Konkursvermerkes noch Hypotheken eintragen? Dies ist zu bejahen, da sich die Kollision erledigt, wenn der Konkurs z. B. durch Akkord beendigt wird, ohne daß die Gläubigerschaft das Grundstück angreift.

6) Gesetz über den Eigenthumserwerb §§ 17. 34. Vgl. L. R. I, 20 § 500.

7) Vgl. Meibom Mecklenb. Hypothekenrecht S. 261.

8) Gesetz über den Eigenthumserwerb § 36.

9) Eine Streitfrage ist, welche Wirkungen einzutreten haben, wenn eine Hypothek zuerst angemeldet wird, dann der Konkurs über das Vermögen des Eigenthümers eröffnet und die Eintragung der Konkurseröffnung vom Konkursgericht requirirt wird, endlich aber die Eintragung der Hypothek noch vorzunehmen ist; vgl. hierüber unten Bd. 2 § 114 Anm. 26.

10) Natürlich verschlechtert sich aber durch die Eintragung die Stellung eines Rechtes, z. B. einer Grundgerechtigkeit, nicht, welches schon früher bestand und der Eintragung nicht bedarf. Namentlich gilt dies auch von den sogenannten gemeinen Lasten.

11) Dies nimmt an das viel zu weit gehende Erkenntniß des Obertribunals bei Striethorst Archiv Bd. 37 S. 216 ff. Vgl. hiergegen die bei Turnau G. B. O. § 45

Klage nothwendig, daß der Zurückgesetzte entweder Arglist des Bevorzugten oder ungerechtfertigte Bereicherung nachweisen kann.[12]

Natürlich können die gesetzlichen Bestimmungen über den Rang einer einzutragenden Post durch Vereinbarung sämmtlicher Betheiligten unter Beobachtung der nöthigen Formen außer Kraft gesetzt werden.

§ 201. Anfechtbare Einschreibungen.[1]

Die Einschreibung — sei sie Eintragung oder Löschung — kann der Anfechtung unterliegen. Dieselbe kann nämlich entweder nichtig, oder unrichtig, oder kondicirbar sein.[2]

1. Nichtig ist diejenige Einschreibung,[3] welche unverständlich ist, oder gar nicht in das Grundbuch gehört oder sonst gegen die wesentlichen auf die Form der Eintragungen sich beziehenden Vorschriften verstößt. Dergleichen Eintragungen haben keine rechtliche Wirkung. Sie können also von Amtswegen entfernt werden.[4] Es kann aber auch derjenige, zu dessen Nachtheil die Eintragung für den Fall ihrer Gültigkeit

---

Nr. 6 Citirten. R. G. Bd. 4 S. 324 dürfte mit den hier vorgetragenen Grundsätzen übereinstimmen.

12) Die letztere liegt noch nicht ohne weiteres in Erlangung des Vorrechts für eine Hypothek. Dies schon um deswillen nicht, weil der Gläubiger häufig erst gegen Aushändigung des Hypothekenbriefes dem Schuldner die Darlehnssumme auszahlt.

1) Es bestehen zwei Grundauffassungen. Nach der einen, durch Meibom a. a. O. S. 81 ff., Exner Publicitätsprincip 1870, vertretenen haben die Eintragungen im Grundbuche schlechthin rechtsbegründende, rechtsverändernde, rechtszerstörende Wirkung, ohne Rücksicht auf die der Eintragung unterliegenden materiellen Verhältnisse. Dies auch zu Gunsten des Eingetragenen selbst, und selbst dann, wenn er in bösem Glauben war, etwa durch strafbare Handlungen die Eintragung herbeiführte. In allen Fällen stünde nur eine persönliche Anfechtungsklage dem Verletzten gegen ihn offen, die folgerecht gegen seine Konkursmasse nicht dinglich wirkte, und nicht gegen Dritte ginge, welche trotz Kenntniß des Sachverhältnisses erwarben. Dies nennen die Anhänger dieser Theorie das Princip der formalen Rechtskraft der Einträge; sie identificiren dasselbe mit der positiven Seite des Publicitätsprincips. Es liegt hierin eine Ueberspannung, welche nicht gerechtfertigt ist. Die andere Ansicht geht dahin, wie im § 202 unseres Textes ausgeführt ist, daß die Eintragung dem Eingetragenen Recht nur gewährt, wenn auch die materiellen Voraussetzungen des Erwerbes vorhanden sind, daß aber dritte Erwerber gegen Entgelt, welche im Glauben an die Rechtsbeständigkeit der Eintragung handeln, geschützt sind. So auch Regelsberger bayerisches Hypothekenrecht S. 143, Römer Würtemberg. H. R. S. 15, Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 65 ff.

2) Das E. E. Gesetz vom 5. Mai 1872 spricht im § 9 von unrichtigen, in § 10 von kondicirbaren Eintragungen. Der erstere Ausdruck ist insofern legal, als im § 9 Abs. 2 die Rede ist von den Rechten Dritter, die im redlichen Glauben an die „Richtigkeit“ des Grundbuchs erworben sind.

3) Exner a. a. O. S. 113 betrachtet als nichtig auch solche Einträge, welche der gesetzlich erforderten Unterlagen entbehren, so die Hypothek, welche auf Grund einer nicht eintragungsfähigen Urkunde erfolgte. Wir können nicht zugestehen, daß hier die äußere Form der Eintragung fehle, und stellen solche Eintragungen in die Kategorien der „unrichtigen“, welche freilich Exner überhaupt nicht kennt.

4) Vgl. G. B. O. §§ 97. 98.

gereichen würde, gegen den, welchem dieselbe in diesem Falle von Vortheil wäre, auf Zustimmung zur Beseitigung klagen, wenn er solche verweigern sollte.[5]

2. Unrichtig ist eine Einschreibung, welche zwar den äußeren buchmäßigen Anforderungen entspricht, aber einen Rechtszustand bekundet, welcher in Wahrheit nicht besteht. Solche Eintragung kann in bloßem Versehen des Richters ihre Veranlassung haben, z. B. A. wird in Folge Irrthums des Richters als Eigenthümer eingeschrieben statt des B., oder geschehen sein, weil die Urkunden, auf welche sie sich stützte, Unrichtiges bekunden, z. B. es wird in einer gerichtlichen Erbbescheinigung A. als Erbe bezeichnet statt des B., oder weil andere wesentliche Voraussetzungen nicht zutreffen, z. B. die zu Grunde liegende Auflassung wegen Mangels der Verfügungsfähigkeit des Auflassenden nichtig war. Durch solche Einschreibung wird keineswegs das unrichtigerweise bekundete dingliche Verhältniß auch wirklich begründet. Vielmehr entsteht nur der buchmäßige Anschein des entsprechenden Rechtes. In Folge des guten Glaubens Dritter kann es aber zu deren Gunsten rechtliche Wirkung erhalten. Bis dahin darf der Grundbuchrichter die unrichtige Eintragung je nach der Sachlage kurzer Hand beseitigen oder durch angemessene Vermerke als unrichtig bezeichnen.[6] Der materiell Berechtigte kann das eine oder andere durch Anträge beim Grundbuchrichter erwirken.[7] Er kann seine Rechte auch durch eine Anfechtungsklage gegen den zu Unrecht Eingetragenen zur Geltung bringen. Die innere Natur dieser Klage richtet sich nach dem materiellen Rechte des Klägers. In den oben angeführten Beispielen ist dieselbe eine Eigenthumsklage,[8] welche aber den besondern Zweck hat, den buchmäßigen Zustand mit dem materiellen Rechte in Uebereinstimmung zu bringen.

3. Endlich kann eine formgerechte Eintragung, wenn sie auch mit dem wirklichen dinglichen Rechtszustande übereinstimmt, doch kondicirbar sein, weil sie des gehörigen Rechtsgrundes — der causa — entbehrt. Es ist z. B. Jemand als Eigenthümer auf Grund einer gehörigen Auflassung eingetragen, aber dieser Uebereignung liegt ein nichtiges Kaufgeschäft zu Grunde; oder der A. hat dem B. eine Grundschuld bewilligt zur Hingabe an Zahlungs-

5) Vgl. Meibom Mecklenburgisches Hypothenrecht S. 86 ff. Die Klage wird sich meist als negatorische darstellen.

6) Eine unrichtige Einschreibung kann richtiger Ansicht nach dann nicht mehr kurzer Hand vom Richter entfernt werden, wenn sie zwar auf einem Versehen beruhte, aber möglicherweise Dritte auf Grund derselben Rechte erworben haben. Dagegen ist der Richter, um weiteren Schaden zu verhüten, von Amtswegen eine Vormerkung zu machen befugt. Vgl. G. B. O. § 118, ferner Möbius in Ulrichs Archiv Bd. 16 S. 213 ff., oben § 197 Anm. 1.

7) Entsch. des Kammergerichts Bd. 3 S. 82, S. 146.

8) Daher untersteht diese Klage nach § 25 der R. C. P. dem dinglichen Gerichtsstand der belegenen Sache ausschließlich, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 710.

statt auf eine Verbindlichkeit, welche bereits ohne Wissen der Betheiligten getilgt war. In solchen Fällen ist die Anfechtungsklage eine persönliche, sich auf ungerechtfertigte Bereicherung dessen stützend, welchem die Einschreibung zum Vortheil gereichte — eine Kondiktion. Diese Anfechtung geht daher nicht gegen Dritte.

Anders steht es mit der Anfechtung, welche die unter 2. besprochene Unrichtigkeit der Einschreibung geltend machen soll. Sie ist, ihrer dinglichen Natur nach, auch gegenüber Dritten zuständig, insofern diesen nicht der Glaube des öffentlichen Buches zur Seite steht. Sie giebt im Konkurse des Eingetragenen ein Aussonderungsrecht. Auch kann sie in der Regel von jedem dinglich Berechtigten, welcher bei Aufdeckung des wirklichen Sachverhalts ein Interesse hat, geltend gemacht werden.[9]

§ 202. Der öffentliche Glaube.[1] Die Oeffentlichkeit des Buches.

Im Interesse der Sicherheit des Verkehres gilt der Satz, daß sämmtliche äußerlich formgerechte, auf den dinglichen Rechtszustand eines Grundstücks bezügliche Einschreibungen im Grundbuche zu Gunsten Dritter als richtig gelten,[2] wenn sie auch unrichtig waren.[3] Dies ist es, was man den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nennt.

1. Der öffentliche Glaube knüpft sich allein an die Eintragungen im Grundbuche, so jedoch, daß nicht die einzelne Eintragung, sondern die Gesammtheit der Einschreibungen auf das Grundstück das Maßgebende ist.[4] Was etwa Abweichendes in den Grundakten sich findet, kommt nicht in Betracht.[5]

Ebensowenig kommt öffentlicher Glauben den über Eintragungen im Grundbuche ausgefertigten Urkunden zu, insbesondere auch nicht den Hypothenbriefen. Es kann daher der Cessionar eines Hypothekenbriefes aus dessen Fassung keine Rechte gegen den Schuldner herleiten, wenn der Brief in Folge eines Versehens günstigere Bestimmungen enthielt, als das Grundbuchblatt, welches die Urschrift bildet.[6]

---

9) Vgl. unten § 203 Anm. 5.

1) Vgl. oben § 201 Anm. 1.

2) Vgl. E. E. Gesetz §§ 9. 38. G. B. O. § 118, wo sich einzelne Anwendungen des Grundsatzes finden. Vgl. L. R. I, 10 § 7 ff., I, 20 § 410.

3) Sei es, daß sie von Anfang unrichtig waren, sei es, daß sie ursprünglich richtig standen, aber in Folge von Rechtsveränderungen unrichtig wurden. Dagegen kommt der Glaube des Buches formell nichtigen Einträgen — oben § 201 Ziff. 1 — nicht zu Gute.

4) Wenn sich die Grundbucheintragungen widersprechen, so entscheidet das bessere Recht, eventuell der Besitzstand. Vgl. R.G. Bd. 11 S. 278, bei Gruchot B. 33 S. 1069.

5) Anders die jetzt veraltete Sonderbestimmung L. R. I, 18 § 260. Sie war keinenfalls Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 203.

Besondere Bestimmungen finden sich jedoch für Grundschuldbriefe zur Förderung ihrer Umlaufsfähigkeit.[7]

2. Nur diejenigen Einschreibungen haben Glauben, welche die dinglichen Rechtsverhältnisse des Grundstückes bekunden. Auf bloß thatsächliche Angaben, z. B. über den baulichen Zustand des eingetragenen Gebäudes, hat der Glaube des Buches keinen Bezug.

Streitig ist die Bedeutung der Katasterkarte, wenn das Grundbuchblatt auf den Kataster zurückgeführt ist.

Nach § 4 der G. B. O. dienen die Grund- und Gebäudesteuerbücher zur Ausmittelung der eingetragenen Grundstücke, ihrer Lage und Größe. Ist hieraus zu folgern, daß deren Angaben und insbesondere die ihnen zu Grunde liegende Katasterkarte mit öffentlichem Glauben bekleidet sind? Die Tendenzen der Verfasser der G. B. O. mögen hierauf gegangen sein. Doch waren sie über den Grad der Genauigkeit dieser Karten und über die Tragweite ihrer Bekleidung mit öffentlichem Glauben nicht klar. Keinenfalls haben sie eine bestimmte gesetzliche Vorschrift in diesem Sinne getroffen. Denn, wenn die Grundsteuerbücher zur Ausmittelung der Lage und Größe der Grundstücke dienen, so ist hiermit nicht festgestellt, daß sie ausschließlich diesem Zweck dienen sollen.

Die Anlage des Katasters in den östlichen Provinzen gründete sich nur zu 13 % der kartirten Gesammtfläche auf Neuvermessungen. Bei den übrigen 87 % benutzte man ältere Flurkarten, Risse, Pläne, Zeichnungen, welche im Besitz von Behörden, Gemeinden, Privaten waren. Das genügte für die Zwecke der Grundsteuerveranlagung, welche eine minutiöse Genauigkeit nicht forderten. Solchen Karten und den auf sie gebauten Steuerbüchern aber, wenn die Grundbuchblätter — was ohne Zuziehung der Betheiligten geschieht — auf sie zurückgeführt sind, im Widerspruch mit dem Besitzstand und dem Recht öffentlichen Glauben beizulegen, ist ein ungerechtfertigter Schritt.[8] [9]

---

6) Natürlich aber bleibt dem Cessionar der Rückgriff gegen den Richter, welcher etwas bei der Ausfertigung versah und äußersten Falles gegen den Staat, G. B. O. § 29 und unten § 206 zu 4, so daß eine Gefährdung des Cessionars nicht eintritt.

7) E. E. Gesetz § 38, vgl. unten § 342 Anm. 9.

8) So Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 § 17, vgl. Koppers die Verbindung des Grundbuchs mit dem Kataster bei Gruchot Bd. 36 S. 319, auch Lorenz a. a. O.

9) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts stellt Koppers a. a. O. zusammen. Sehr scharf betont den öffentlichen Glauben der Flurkarte im Fall der Zurückführung des Grundbuchblatts auf den Kataster, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 133. Dennoch ist hinzugefügt „Zur Begründung seines Anspruchs hat Kläger außerdem noch zu beweisen, daß der von ihm begehrte Grenzzug mit der in der Karte enthaltenen Grenze identisch ist. Dieser Beweis wird oft schwierig, unter Umständen bei der Ungenauigkeit der Karten und Meßinstrumente einfach ganz unmöglich sein. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß die Katasterkarte Unrichtigkeiten enthält, die ihr jede Beweiskraft nehmen können.“ — Einen Fall, in welchem einer Stadtgemeinde meh-

3. Was die Belastungen des Grundstücks anlangt, so kommt der öffentliche Glaube in doppelter Richtung in Betracht:

a) positiv, indem, wie bemerkt, die formgerechte Eintragung zu Gunsten Dritter als rechtsbeständig angesehen werden kann,

b) negativ, da solche dingliche Rechte, welche nicht durch das Buch veröffentlicht sind, Dritten gegenüber keine Wirkung haben, sofern diesen Rechten nicht ausnahmsweise auch ohne buchmäßige Beurkundung dingliche Kraft schlechthin zugetheilt ist.

4. Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Buchs wurde geschaffen, um den Verkehr mit Grundstücken und Grundbuchobjekten zu erleichtern und zu sichern.

Es wäre wohl folgerichtig gewesen, diesen Grundsatz, der um des Verkehrs willen tief in das materielle Recht einschneidet, bloß zu Gunsten solcher Dritter anzuerkennen, deren Erwerb durch Verkehrsgeschäfte vermittelt wurde.

Man ist jedoch weiter gegangen und erstreckte ihn auf zwangsweise Eintragungen, insbesondere auch auf die Hypotheken, welche in Folge einseitigen Antrags des Gläubigers für eine vollstreckbare Forderung eingetragen werden — auf die s. g. Judikathypotheken.[10]

Daß das Recht dessen, welcher sich auf das Buch verließ, eingetragen wurde, ist nicht gefordert. Hiernach sind auch Erwerbungen von Rechten gesichert, deren Dinglichkeit, wie bei Miethe und Pacht, nicht von einer Eintragung abhängt. Auch dem nicht eingetragenen Cessionar einer Hypothek oder Grundschuld kommt der öffentliche Glaube zu Gute.[11]

5. Der redliche Verkehr soll geschützt werden. Wer daher zur Zeit seines Erwerbes wußte oder wissen mußte, daß der Inhalt des Buchs mit dem wirklichen Rechte nicht übereinstimme, kann sich auf den Glauben des Buchs nicht stützen.[12] [13]

---

rere Morgen Land verloren gehen, wenn man dem Kataster öffentlichen Glauben zuschreibt, siehe in der Entsch. des Kam. G. Bd. 11 S. 96.

10) Zw. V. Gesetz § 6, Plenarbeschluß des O. Trib. vom 7. Mai 1855, Entsch. Bd. 30 S. 408.

11) E. E. Gesetz §§ 9. 38. Dies in Uebereinstimmung mit L. R. I, 10 §§ 7. 8. Der Entwurf des Gesetzbuches hatte die Bestimmung auf gerichtliche Verhandlungen beschränkt, Suarez war aber — bei der revisio monitorum — der Meinung, daß der Zweck des Hypothekenwesens es mit sich bringe, daß auch derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer außergerichtlich gutgläubig kontrahirt habe, gegen alle Anfechtung sicher gestellt sei. Bornemann, 1. Aufl. Bd. 2 S. 244. Andere Auffassungen u. A. bei Exner Publicitätsprincip S. 78.

12) E. E. Gesetz §§ 9. 38. Vgl. L. R. I, 10 § 10. I, 20 § 423. Unentschuldbarer Irrthum ist der Kenntniß gleichzustellen, oben § 188 Anm. 14 Ziff. 5. Wie es sich mit der Kenntniß von nicht eingetragenen Beschränkungen des Eigenthums verhält,

Doch bezieht sich dies nur auf den Fall der Kenntniß eines vom Buch verschiedenen dinglichen Rechtszustandes.[14 15]

Es kann ferner auf den Glauben des Buches regelmäßig sich nur stützen, wer gegen Entgelt ein Recht am Grundstücke erworben hat.[16] Daher kommt derselbe z. B. nicht zu Gute dem Erwerber durch Schenkung oder Vermächtniß, sowie dem Erwerber des Eigenthums durch gütergemeinschaftliche Ehe oder des ehemännlichen Nießbrauchs.[17]

---

hinsichtlich deren §§ 11. 12. 15 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb nicht in voller Uebereinstimmung stehen, darüber siehe unten § 275.

13) Welcher Augenblick kommt für die Beurtheilung der Redlichkeit bei solchen Rechten in Betracht, welche durch Eintragung erworben werden? Genügt Redlichkeit zur Zeit der Stellung des Eintragungsgesuchs, also im Fall der Veräußerung des Grundstücks zur Zeit der Auflassung, oder ist das redliche Bewußtsein im Augenblick der Eintragung gefordert? Es muß genügen, daß der Erwerber redlich war, so lange er für den Erwerb thätig war, siehe Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 131, Eccius Bd. 1 § 23a Anm. 22, Roloff in Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 429; denn der Erwerber hat von dem Zeitpunkt, in welchem sich die Eintragung vollzieht, regelmäßig keine Kenntniß, so daß derselbe mit dem inneren Bewußtsein des Erwerbers nichts gemein haben kann. Dennoch hat das Obertribunal das Gegentheil entschieden, weil eben mit der Eintragung erst das dingliche Recht zur Existenz komme. Entsch. Bd. 22 S. 229, Präj. n. 2346. Dem Obertribunal stimmt Regelsberger b. Hyp. R. § 34 Anm. 17 bei, jedoch aus unzutreffenden Gründen. Die Gegenansicht mit ihren bloß formalen Erwägungen verfehlt den Hauptgesichtspunkt. Das Grundbuch soll den redlichen Verkehr schützen, es darf nicht zur Falle werden. Dies könnte aber nach der Gegenansicht geschehen, wenn z. B. der Aufgelassene, welcher zur Zeit der Auflassung die Gegenleistung machte, und dies ist die Regel des Verkehrs, dennoch kein Recht erwürbe, weil er vor der Einschreibung erführe, daß sein Autor nicht Eigenthümer war. — War eine Vormerkung genommen, so genügt guter Glaube zur Zeit ihrer Betreibung; es ist nicht erfordert, daß solcher noch zur Zeit ihrer Umschreibung in eine endgültige Eintragung vorhanden war. Bei Eintragungen durch Vertreter entscheiden die oben §§ 113 bei Anm. 7, 154 bei 4, § 174 bei 1 entwickelten Grundsätze.

14) Oben § 202 zu 2 z. A. Der Erwerber des Grundstückes wußte z. B., daß der als Erbe Eingetragene nicht wirklich Erbe und folglich nicht Eigenthümer war, oder daß er sein Eigenthum in Folge ehelicher Gütergemeinschaft zum Theil verloren hatte. Ebenso verhält es sich, wenn der Cessionar einer Grundschuld wußte, daß der Cedent vom Schuldner bezahlt und zu deren Abtretung oder Löschung verpflichtet war. Erstaunlich ist, daß Förster und Eccius Bd. 3 § 199b Anm. 22 vermeinen: dies sei nur eine Fiktion der Unredlichkeit, da trotz solcher Einrede „die Eintragung der Grundschuld eine ganz richtige“, mithin trotz der Kenntniß der Einrede dennoch „der redliche Glaube an die Richtigkeit des Grundbuches vollkommen vorhanden sein kann.“ Und doch ist die Grundschuld materiell getilgt! — Dem Rechtsnachfolger kommt ohne Rücksicht auf den eigenen Glauben das Recht seines Vorfahrs zu Gute. Anders R. Koch bei Gruchot Bd. 4 S. 358 ff.

15) Inwieweit dem Erwerber die Kenntniß eines älteren Rechtes zur Sache schadet, darüber vgl. oben § 185.

16) E. E. Gesetz § 9. Vgl. L. R. I, 20 § 423. Einl. des L. R. § 96.

17) So bestimmt entsprechend dem Grundsatz von L. R. Einl. § 96 — vgl. oben § 36 — L. R. I, 20 § 423 und E. E. G. § 9. Neuerdings wurde diese Auffassung mehrfach bekämpft, so namentlich von Exner a. a. O. S. 62 ff.; sie ist demzufolge in Gefahr. Im Gebiete des preußischen Rechtes haben sich jedoch aus derselben in hundertjähriger Erfahrung keine Mißstände, noch weniger Verletzungen der Lebensinteressen des Hypothekenverkehrs, die gefürchtet werden, ergeben. Es muß als ungerechtfertigt angesehen

Die Berücksichtigung der Frage des entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerbes ist jedoch schlechthin ausgeschlossen bei Grundschulden.[18]

6. Mit dem öffentlichen Glauben des Buches steht die Oeffentlichkeit des Grundbuches und der Grundakten in naher Beziehung. Vermöge derselben kann Jeder die Einsicht dieser Urkunden fordern, welcher an derselben ein rechtliches Interesse hat. Solches Interesse hat vor Allem der Eigenthümer des Grundstückes, welcher auch jederzeit eine beglaubigte Abschrift des vollständigen Grundbuchblattes verlangen kann,[19] desgleichen der eingetragene dinglich Berechtigte, aber auch jeder Andere, welcher Rechte am Grundstücke erwerben oder Rechte gegen den eingetragenen Eigenthümer oder sonstigen dinglich Berechtigten geltend machen will. Ueber das Vorhandensein des rechtlichen Interesses entscheidet das Ermessen des Grundbuchrichters.[20]

§ 203. Klagen des Eingetragenen und gegen den Eingetragenen.

Zwar erlangt der im Grundbuch Eingetragene das eingetragene Recht nur, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtserwerbs, z. B. die

---

werden, die formale Kraft der Einschreibung weiter zu steigern, als es die Bedürfnisse des Verkehrs fordern. Wer freilich den Grundgedanken Exners theilt, wonach die Einschreibung schlechthin das eingetragene Recht schafft — oben § 201 Anm. 1 — und nur ausnahmsweise eine Anfechtung zulässig ist, wird auf diesen Gesichtspunkt weniger Gewicht legen. Das Bedenken aber, welches Exner erhebt, daß lästige Rechtstitel nicht selten mit unentgeltlichen vermischt seien, z. B. bei Gutsabtretungen an künftige Erben, und daß die Anfechtung auch derartige Erwerbungen treffen müsse, soweit sie unentgeltlich seien, ist nicht erheblich. Denn es muß das Geschäft im Wesentlichen ein unentgeltliches sein und dies vom Anfechtungskläger bewiesen werden, wenn dem Erwerber Einreden aus der Person seines Rechtsvorfahren entgegen stehen sollen. Wäre übrigens der Einwand von Bedeutung, so müßten § 25 R. K. O. und § 3 Ziff. 3 und 4 des Anfechtungsgesetzes umgewandelt werden. Wenn derjenige, welcher wissentlich eine ungerechtfertigte Eintragung erhalten hat, die Beute dadurch in Sicherheit bringen kann, daß er das Grundbuchobjekt seiner gutgläubigen Ehefrau, seinem Kinde schenkungsweise zuwendet, so fördert man die Zwecke nicht, deretwegen die Einrichtung des Grundbuchs geschaffen ist. Vgl. auch Regelsberger Studien im bayerischen Hypothekenrechte II, § 40.

18) Vgl. E. E. Gesetz § 38.

19) G. B. O. § 120. Auch öffentliche Behörden, z. B. Vormundschaftsbehörden, Steuerbehörden, sind zur Einsicht befugt und haben ein Recht auf solche Abschrift. — Die beglaubigte Abschrift ist vom Grundbuchrichter und vom Grundbuchführer zu vollziehen.

20) G. B. O. § 19. Ob Bescheinigung des behaupteten Interesses stattzufinden hat, oder bloße Darlegung genügt, darüber bestimmt eben das Ermessen des Grundbuchrichters. Beschwerde ist zulässig, nicht aber weitere Beschwerde. Entsch. d. Kammergerichts Bd. 3 S. 89. Die Gestattung der Einsicht kann sich auf einen Theil des Grundbuches oder der Grundakten beschränken. — Unbedingte Freigebung der Einsicht des Buches auf die Gefahr hin, daß sie einmal aus frivolen Gründen nachgesucht würde, wäre übrigens richtiger gewesen, als das Ermessen des Grundbuchrichters entscheiden zu lassen. Es ist daher nicht skrupulös zu verfahren; bezüglich der Grundakten ist eine strengere Praxis gerechtfertigt. Die früheren Bestimmungen finden sich Hyp. O. von 1783 I, § 73 ff. Novelle von 1853 § 53.

Verfügungsfähigkeit des Rechtsvorfahrs vorhanden sind und wenn dem Erwerb keine rechtlichen Hindernisse, z. B. wesentlicher Irrthum, Betrug, Simulation entgegenstehen. Aber prima facie gilt das Eingetragene als rechtsbeständig.

1. Daher kann auf die Eintragung die dingliche Klage gestützt werden, soweit ein Recht zu Gunsten des Klägers im Grundbuch bekundet ist.

Der Gläubiger begründet demnach seine hypothekarische Klage durch die Eintragung, wenn eine bestimmte Geldsumme als Hypothek oder Grundschuld zu seinen Gunsten eingetragen ist.[1] Dem Beklagten stehen aber demungeachtet seine Einreden offen, soweit sich nicht das Recht dritter redlicher Erwerber dazwischen schiebt.

Nicht anders ist es mit Eintragungen in der zweiten Abtheilung, wenn auch das Gesetz hierüber schweigt.

Ausdrücklich wird ferner bestimmt, worüber man nach älterem Rechte stritt,[2] daß die Eintragung den als Eigenthümer Eingetragenen berechtige, alle Klagrechte des Eigenthümers auszuüben.[3] Insbesondere ist er auf Grund dieser Gesetzesbestimmung auch befugt, Zubehörstücke zu vindiciren, welche seinem Grundstück bei der Zurückführung des Grundbuches auf das Grundsteuerbuch zugeschrieben wurden.[4] Dem Beklagten ist zu verstatten, zur Entkräftung der durch die Eintragung gegebenen Klagberechtigung als Einrede vorzubringen und zu beweisen, daß dem Gegner das angebliche Eigenthum in der That nicht zusteht und daß dessen Eintragung daher der Anfechtung unterliegt.[5][6] Es steht ihm ferner die Geltendmachung

1) E. E. Gesetz § 38.

2) Gegen die Legitimation des als Eigenthümer Eingetragenen Striethorst Archiv Bd. 12 S. 257. Vgl. auch Wächter Erört. Bd. 1 S. 219. Dafür u. A. Entsch. des O. Trib. Bd. 36 S. 74, das Urtheil in Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 301 ff., insbesondere Abs. 1, auch R. G. Bd. 5 S. 382.

3) E. E. Gesetz § 7. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 236.

4) R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 156.

5) Ausdrücklich bestimmt E. E. Gesetz § 9: „Die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen können nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes angefochten werden." Dies also nicht nur im Wege der Klage, sondern auch der Einrede. Es gehört dahin die Einrede, daß die Auflassung an den Kläger auf wesentlichem Irrthum beruhte. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 1021. Wenn im § 7 Abs. 2 gewisse Einreden, insbesondere die auf ein Erwerbsgeschäft des Beklagten sich gründen, gegenüber der Klage des als Eigenthümer Eingetragenen ausgeschlossen sind, so ist hiermit nicht die Unzulässigkeit jeder Einrede bestimmt. R. G. Bd. 5 S. 282, vgl. aber auch daselbst Bd. 1 S. 375, Bd. 4 S. 270.

6) Das R. G. nahm früher an — insbesondere Bd. 2 S. 228 —, daß der bloße Besitzer eines Grundstücks, welcher dem Bucheigenthümer weder ein persönliches Recht noch wahres Eigenthum entgegensetzen könne, die Eintragung desselben nicht anfechten könne, wenn sie auch auf Irrthum beruhe. Die entgegengesetzte Ansicht vertrat seinerzeit das O. Trib. Entsch. Bd. 78 S. 89, ferner Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1

von Gegenansprüchen und Einreden anderer Art offen, z. B. auf Grund eines etwaigen Mieth- oder Pachtrechts, sowie wegen Verwendungen.[7] Die positiven Ausnahmen von der Befugniß zur Geltendmachung von Einreden, welche bezüglich der exceptio rei venditae und der Verjährung getroffen wurden, sind später zu erörtern.[8]

Den Besitz des Beklagten, sowie die Identität des eingetragenen Objektes mit dem in Anspruch genommenen hat Kläger zur Begründung seiner Eigenthumsklage außer seiner Eintragung darzuthun.

2. Das E. E. Gesetz erklärt ferner den als Eigenthümer Eingetragenen für verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigenthümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen.[9] Dies ohne Unterschied, ob er im Besitz ist und ob er bei der Vertheidigung der Sache ein Interesse hat. Vorausgesetzt ist natürlich, daß der als Eigenthümer Eingetragene am Leben ist, da man an Verstorbene Zustellungen nicht ergehen lassen kann.

Die Absicht des Gesetzes, hierdurch die Lage der Hypothekengläubiger zu verbessern, würde nur erreicht, wenn das gegen den Eingetragenen ergangene Urtheil auch gegenüber dem Besitzer der verhafteten Sache Rechtskraft machen würde. Ausgesprochen ist dies aber nicht, obgleich gerade hierin das Wesentliche der Neuerung läge. Man hat es der Praxis überlassen, die nur angedeutete gesetzgeberische Absicht zu verwirklichen. Dieselbe wird aber bei dem Mangel einer unzweideutigen, gesetzlichen Norm an dem Grundsatze festhalten, daß Erkenntnisse nur unter den Prozeßparteien Rechtskraft haben, und daß nicht erörterte Einreden des Naturalbesitzers durch einen Prozeß gegen den Eingetragenen, bei dem er nicht zugezogen war, nicht beseitigt sind. Die nach wie vor zulässige Klage gegen den Besitzer wird daher in der Regel vorgezogen.[10]

3. Vor Inkrafttreten der Grundbuchgesetze genommene Eintragungen begründen die Klage des Eingetragenen nicht. So hat die Praxis

---

S. 243. Neuerdings hat das R. G. Bd. 20 S. 229 und bei Gruchot Bd. 24 S. 545, S. 1019 sich der Auffassung des O. Trib. Bd. 78 S. 89 mehr zugewendet. Vgl. Koppers a. a. O. S. 352.

7) Ob dieser Anspruch auch dem von einem Nichteigenthümer Kaufenden zusteht, darüber vgl. unten § 248 Ziff. 3. Mit Unrecht unterstellt Rocholl Heft 2 S. 196 einen Widerspruch.

8) Vgl. unten § 243.

9) E. E. Gesetz § 7 Abs. 1. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 260.

10) Zur Einleitung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück reicht es hin, daß der Schuldner im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, Zw. V. Ges. § 14. Der etwa verschiedene wahre Eigenthümer muß, um seine Rechte zu wahren, Einspruch erheben, oben § 189 bei c.

die Streitfrage entschieden.[11] Bezüglich der Klagen gegen den Eingetragenen ist dies völlig zweifellos.

§ 204. Von den Vormerkungen.[1]

Dingliche Rechte und Ansprüche sind nach dem Grundbuchsystem durch die den Eingetragenen zustehende Verkehrslegitimation so lange gefährdet, als sie nicht gleichfalls in das Buch aufgenommen sind. Die Wege zu dieser Aufnahme stehen indessen nicht immer unmittelbar offen, denn die Bewilligung der Eingetragenen kann versagt werden oder auf Schwierigkeiten stoßen, ein die Eintragung anordnendes Erkenntniß ist aber erst in längerer Zeit zu erstreiten. Es war daher nöthig, die Möglichkeit zu eröffnen, in der Zwischenzeit auf schleunigem Wege die Wahrung von Realrechten beim Grundbuche zu erlangen. Zu diesem Zwecke bildeten sich die s. g. hypothekarischen Protestationen[2] aus, neuerdings von den Gesetzen Vormerkungen genannt.

Von solchen echten Vormerkungen sind zu unterscheiden die konsentirten Vormerkungen, welche auf einer Bewilligung des Eingetragenen beruhen. Sie haben eine andere Natur.

1. Die Vormerkungen der ersten Art zerfallen in zwei Hauptklassen:

a) Sie sollen — einst s. g. protestationes pro conservando loco — ein selbständiges Recht sichern, sei es, daß dasselbe bereits als dingliches besteht und nur noch im Grundbuche zu beurkunden ist, sei es, daß es sich um einen Anspruch handelt, welcher erst durch die Eintragung vollendet wird, wie namentlich die Hypothek.

Es gehören hierher auch Eintragungen zur Sicherung persönlicher Ansprüche im Wege des Arrestes, — einst s. g. protestationes de non amplius intabulando — da sie, im Falle sich die klägerischen Ansprüche bewahrheiten, in Hypotheken umgeschrieben werden können.[3] [4]

---

11) So das O. Trib. Entsch. Bd. 71 S. 273, Bd. 75 S. 15, R. G. Bd. 1 S. 375, Bd. 4 S. 270 ff. Unserer Ansicht nach hätte es der Absicht des Gesetzes entsprochen bezüglich der Klagen des Eingetragenen, der Besitztitelberichtigung des früheren Rechtes die Wirkung der jetzigen Eintragung des Eigenthums zuzugestehen. In demselben Sinne Wolff bei Gruchot Bd. 30 S. 393.

1) E. E. Gesetz §§ 8. 9. 16. 22. 27. 49. 58—60. 70. G. B. O. §§ 88. 89. 91. 92. 102. 119. 121. Hypothekenordnung von 1783 II, §§ 289—300. Novelle vom 24. Mai 1853 § 43 ff. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 345 ff. Kindel bei Gruchot Bd. 24 S. 303 ff., S. 643 ff. Siegfriedt Borchardt die Vormerkung, Berlin 1887, Fuchs das Wesen der Dinglichkeit S. 122.

2) Vgl. Hyp. Ord. II, § 289.

3) So Zw. V. Ges. § 10. Früher war dies Streitfrage, vgl. unten § 322.

4) Von der Vormerkung zu unterscheiden ist die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung des Eigenthums oder sonstiger dinglich Berechtigter, z. B. in Folge der Konkurseröffnung, wie auch der Einleitung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder der Einleitung des Entmündigungsverfahrens. Solche Eintragungen

b) Im anderen Falle liegen den Vormerkungen nicht selbständige Ansprüche, sondern bloß sogenannte Widerspruchsrechte zu Grunde, — einst s. g. protestationes pro conservandis exceptionibus. Solche Widerspruchsrechte stützen sich entweder darauf, daß das eingetragene Recht von vornherein anfechtbar war, oder darauf, daß Erlöschungsgründe, welche nicht sogleich liquid zu machen sind, eintraten, z. B. Befriedigung des Hypothekars, ohne daß eine löschungsfähige Quittung sofort beizubringen ist, d. h. eine solche, welche den Grundbuchrichter zur Löschung berechtigt.

Vormerkungen gegen den Eigenthümer gehören stets in die erste Klasse. Dies auch dann, wenn sie eine Anfechtung der Eintragung des Eigenthümers, z. B. wegen wesentlichen Irrthums, Betruges vorbereiten sollen, denn der Anfechtungskläger kann niemals bloß Löschung des Rechtes des einmal eingetragenen Eigenthümers, sondern stets nur die eigene Neueintragung fordern, welche durch die Vormerkung vorbereitet wird.[5]

Die buchmäßige Stelle einer Vormerkung, welche gegen den Eigenthümer genommen wird, ist nicht in der ersten, sondern in der zweiten Abtheilung neben den Eigenthumsbeschränkungen. Alle anderen Vormerkungen hingegen sind in derselben Abtheilung und unter derselben Nummer einzutragen, unter welcher später die endgültige Einschreibung vorzunehmen ist.[6]

Ueber die Eintragung einer Vormerkung hat in der Regel nicht der Grundbuchrichter zu befinden;[7] vielmehr bedarf es einer vorgängigen „einstweiligen Verfügung", welche vom Prozeßrichter ausgeht.[8] Der Prozeßrichter hat — nach E. E. Ges. § 70 — „auf den Antrag einer Partei die Eintragung einer

haben nicht den Zweck eine künftige Eintragung vorzubereiten. Auch solche Vermerke „Vormerkungen" zu nennen, ist unzweckmäßig. Das Zw. V. Ges. §§ 18. 19 spricht von „Vermerken".

5) Siehe oben § 196 unter 1.

6) Wenig genau ist freilich G. B. O. § 88 gefaßt. Es heißt dort, Vormerkungen werden in der ersten Hauptspalte der zweiten Abtheilung eingetragen, wenn durch dieselben ein in diese Abtheilung einzutragendes Recht, in der ersten Hauptspalte der dritten Abtheilung, wenn durch sie das Recht auf eine Hypothek oder Grundschuld gesichert werden soll. „In gleicher Weise", fährt der Absatz 2 fort, „ist bei Vormerkungen zur Sicherung der Löschung eingetragener Rechte zu verfahren." Man würde sehr fehl gehen, wenn man gemäß dem Wortlaute dieses von der Kommission des Abgeordnetenhauses herstammenden Zusatzes Vormerkungen zur Sicherung von Löschungen in die erste Hauptspalte der zweiten und dritten Abtheilung setzen wollte. Vielmehr ist die Meinung nur die, daß sie in ähnlicher Weise, wie jene Vormerkungen in derjenigen Abtheilung und unter derselben Ziffer einzutragen sind, unter welcher die endgültige Eintragung zu geschehen hat. Ihr Platz ist dort in der zweiten Hauptspalte unter den sogenannten Veränderungen.

7) Nach der Hypothekenordnung verfügte der Hypothekenrichter regelmäßig selbst über die Eintragung einer Vormerkung Hyp. Ordn. II, § 292; dagegen war bereits seit Inkrafttreten der Novelle vom 24. Mai 1853 § 43 ff. die Eintragung der Vormerkungen in der Regel von dem Ersuchen des Prozeßrichters abhängig. Hiervon geht auch das Gesetz über den E. E. §§ 8. 16. 22 aus.

8) Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 18, oben § 185 Anm. 12.

Vormerkung beim Grundbuchrichter nachzusuchen, wenn ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, welche durch die Vormerkung gesichert werden sollen, glaubhaft gemacht sind."[9] [10]

Der Gläubiger hat den Grundbuchrichter unmittelbar anzugehen, wenn ihm ein vollstreckbarer Titel zur Seite steht, aus dem zunächst nur eine Vormerkung, nicht aber eine Hypothek eingetragen werden kann, oder wenn ein Arrestbefehl eingetragen werden soll.[11] Einige Vormerkungen endlich werden auf Ansuchen zuständiger Behörden, z. B. der Enteignungsbehörde, eingetragen.[12]

Die allgemeine Folge der Vormerkungen besteht darin, daß spätere Eintragungen und Verfügungen dem Rechte des Vorgemerkten nicht nachtheilig werden.[13] [14]

Im übrigen bestimmen sich deren Wirkungen nach ihrem Inhalt und ihrer Art.

Vormerkungen zur Sicherung eines Anspruchs auf künftige Eigenthumsübertragung insbesondere begründen für den Fall, daß sich ihre Bedingungen verwirklichen, ein dingliches Recht auf Auflassung, welches sich gegen den jeweiligen eingetragenen Eigenthümer richtet.

Die Vormerkung einer Hypothek oder Grundschuld erzeugt ein bedingtes Pfandrecht. Als solches wird es bei einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück, auf welches die Vormerkung eingetragen ist, behandelt.[15] Umschreibung in eine unbedingte Hypothek oder Grundschuld ist zulässig, wenn deren Voraussetzungen liquid gestellt sind. Streitig ist, wer, im Fall nach Eintragung der Vormerkung ein Wechsel des eingetragenen Eigenthümers ein=

---

9) Was unter Glaubhaftmachung zu verstehen ist, hat das Gesetz nicht bestimmt. Es kann eidliche Versicherung des Antragstellers genügen R. C. P. O. § 266. Die besondern Bestimmungen von R. C. P. O. § 814 sind nicht schlechthin maßgebend, insbesondere nicht § 818, wonach unter Umständen die Aufhebung der einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden kann. Vgl. R. G. Bd. 11 S. 279, Bd. 20 S. 242, bei Gruchot Bd. 34 S. 1083. Siehe übrigens auch oben § 185 Anm. 13.

10) Hinrichs Studien S. 10 führt aus, daß nach Lage der jetzigen Gesetzgebung sowohl zulässig ist, daß der Grundbuchrichter vom Prozeßrichter als auch daß er von dem Vollstreckungsrichter ersucht wird oder daß Selbstbetrieb der einstweiligen Verfügung durch die Partei stattfindet.

11) Zw. V. Gesetz §§ 6, 7, 8 und 10, vgl. Gesetz vom 4. März 1879, § 22 Abs. 3.

12) Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 24. Gleiches gilt für die Generalkommissionen, Verordnung vom 30. Juni 1834 § 59, Johow Jahrb. d. Pr. A. G. Bd. 7 S. 181.

13) Der Eintragung der Vormerkung steht nicht entgegen, daß der Anspruch bedingt, betagt, von Gegenleistungen abhängig ist, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1092. Auch ist nicht nothwendig, daß das Grundstück, auf welches sich die Vormerkung bezieht, bereits katastermäßig bezeichnet ist, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1083.

14) Verschiedene Vormerkungen ordnen sich daher, wie andere Einschreibungen, nach der Reihenfolge oder dem Datum der Eintragung.

15) Zw. V. G. § 111.

tritt, die Bewilligung zur Umschreibung der vorgemerkten Hypothek oder Grundschuld zu ertheilen hat, ob der Eigenthümer, gegen den sie sich seinerzeit richtete, oder der zu jetziger Zeit eingetragene Eigenthümer. Die Rechtsprechung hat das Letztere angenommen.[16 17]

Verurtheilung zur Bewilligung ersetzt nach dem allgemeinen Grundsatz der C. P. O. die Bewilligung des Verurtheilten.

2. Von den bisher behandelten ist die Klasse der konsentirten Vormerkungen verschieden, d. h. Einschreibungen einer Anwartschaft auf die künftige Eintragung des Eigenthums oder eines dinglichen Rechtes mit Bewilligung des Eigenthümers. Das Gemeinsame der beiden Arten der Vormerkungen liegt darin, daß sie nicht das endliche Ziel des Antragstellers bilden, vielmehr eine zweite, endgültig bezweckte Eintragung vorbereiten sollen. In ihrem Wesen aber ist nichts Verwandtes. Bei der echten Vormerkung handelt es sich nämlich um einen illiquiden Anspruch, welcher ohne Bewilligung des Eigenthümers zur Eintragung kommt. Der konsentirten Vormerkung hingegen liegt ein Anspruch zu Grunde, welcher an sich liquid ist, nach dessen Inhalt es aber noch von der Zukunft, vielleicht von noch ungewissen Ereignissen abhängt, ob er zu der in Aussicht genommenen Rechtsveränderung führt, z. B. der eingetragene Eigenthümer verbindet sich, binnen Jahresfrist sein Grundstück dem andern Theil auf Anfordern zu einem bestimmten Preise zu verkaufen, und es wird diese Verpflichtung mit Bewilligung des Eigenthümers im Grundbuch vorgemerkt.

Die Löschung der Vormerkung kann geschehen auf Antrag des Passivbetheiligten beim Grundbuchrichter. Dies namentlich unter Vorlegung eines vollstreckbaren Urtheils oder eines richterlichen Beschlusses, der die einstweilige richterliche Verfügung aufhebt, welche die Vormerkung anordnete. Der Ver-

---

16) R. G. Bd. 1 S. 383. R. G. Bd. 10 S. 119. Vgl. aber Wolff bei Gruchot Bd. 31 S. 673. Tritt ein Eigenthumswechsel während des Prozesses auf Ertheilung der Bewilligung ein, so ist R. C. P. O. § 237 anwendbar, da es sich „um eine Verpflichtung handelt, welche auf einem Grundstück ruhen soll". Allerdings verneint dies Eccius bei Förster Bd. 3 § 199 Anm. 40. Das Grundstück, meint er, werde nicht litigiös, da der anhängige Prozeß lediglich Zahlung einer Geldschuld betreffe. Der Prozeß betrifft vielmehr die Frage, ob die Bedingung eines bedingten dinglichen Rechtes eingetreten ist.

17) Eine besondere Art der Vormerkung ist die der streitigen Sache in Fällen, in welchen eingetragenes Eigenthum oder dingliches Recht auf dem Prozeßwege angegriffen ist. Vgl. oben § 132 Anm. 8. L. R. I, 11 § 383 ff. A. G. O. I, 24 § 9. Es ist einleuchtend, daß genügt, um eine solche Vormerkung zu erwirken, wenn der Antragsteller eine dingliche Klage angestellt hat, da dies das Verhältniß der Litigiosität begründet. Ungerechtfertigt wäre es, zu verlangen, daß der Antragsteller die Begründetheit seines Klaganspruches dem Richter außerdem glaubhaft mache. Denn eingetragen wird die aus der Litigiosität folgende Beschränkung, nicht der Anspruch, welcher den Streit veranlaßt hat.

mittelung des Prozeßrichters bedarf es dann nicht.[18] Der Passivbetheiligte kann auch, um die Vormerkung zu beseitigen, negatorisch klagen[19] oder beim Prozeßgericht den Antrag stellen, dem Vorgemerkten aufzugeben, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben, widrigenfalls auf Antrag Aufhebung der richterlichen Verfügung durch Endurtheil auszusprechen ist.[20]

§ 205. Aufgabe des Grundbuchrichters. Legalitätsprincip.

Die Aufgaben des Grundbuchrichters bestehen theils in der Sorge für die vorschriftsmäßige Ausführung des Schreibwerks, theils in richterlichen Entscheidungen.

a) Zu den Aufgaben der ersten Art gehören Eintragungen zur Erhaltung der Uebersichtlichkeit des Buches, z. B. die Schließung der Grundbuchblätter, von denen sämmtliche eingeschriebene Grundstücke abgeschrieben sind,[1] ferner vorschriftsmäßige Mittheilungen an die Betheiligten, wie denn unter Anderem die Eintragung eines Eigenthümers dem bisher eingetragenen Eigenthümer und den aus dem Grundbuche ersichtlichen dinglich Berechtigten bekannt zu machen ist.[2] Namentlich ist in dieser Beziehung wesentlich die Sorge für die genaue Uebereinstimmung der Urkunden über Eintragungen, insbesondere der Hypotheken- und Grundschuldbriefe mit dem Grundbuche.[3]

b) Richterliche Entscheidung liegt dem Grundbuchrichter vornehmlich ob bei Anträgen und Gesuchen auf Einschreibungen ins Grundbuch. Da diese für die Rechte Dritter von weittragender Bedeutung sind, so muß der Richter untersuchen, ob alle diejenigen Punkte liquid gestellt sind, welche Voraussetzungen solcher Rechte bilden. Dies ist das Princip der Legalität, welches aus dem Wesen der preußischen Grundbuchverfassung mit Nothwendigkeit folgt. Unter Anderem ist hiernach zu untersuchen, ob das Recht, dessen Einschreibung verlangt wird, eintragungsfähig ist, ob die nöthige Bestimmtheit und Ernstlichkeit des Willens aus den vorgelegten Anträgen und Bewilligungen erhellt. Praktisch am wichtigsten ist der Legitimationspunkt. Hierbei fragt es sich, ob, wer den Antrag oder die Einwilligung erklärt hat, gerade die zur Abgabe solcher Erklärungen befugte Person ist,[4]

---

18) Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 19, vgl. Entsch. des Kammergerichts Bd. 2 S. 152.

19) Vgl. unten § 250 die Lehre der actio negatoria. Die Klage kann gemäß § 25 R. C. P. O. im dinglichen Gerichtsstande angestellt werden.

20) R. C. P. O. § 806, vgl. Hypothekenordnung II, § 297.

1) G. B. O. § 72.

2) G. B. O. § 57.

3) G. B. O. § 131.

4) Insbesondere ist bei Bevollmächtigten die Vollmacht zu prüfen, welche eine specielle sein muß, wenn im Namen des Grundstücksbesitzers die Eintragung auf ein

ferner ob er die persönliche Handlungsfähigkeit hat, welche die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Willenserklärung bedingt. Nicht weniger ist die Erwerbsunfähigkeit in Betracht zu ziehen, z. B. die einer nicht ins Handelsregister eingetragenen Firma, einer angeblichen Korporation. Demgemäß hat der Grundbuchrichter die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen.[5]

c) Nach dem früherem Rechte war der Richter nicht weniger gehalten, augenfällige Mängel desjenigen Geschäfts, welches den Erwerb des dinglichen Rechts begründete und bedingte, z. B. des Kaufgeschäftes, zu rügen und bis zu deren Beseitigung die Eintragung auszusetzen.[6] Dies ist durch die neueren Grundbuchgesetze in Folge der scharfen Trennung der dinglichen und der obligatorischen Bestandtheile der Rechtsgeschäfte beseitigt. Daher ist der Richter nach jetzigem Rechte weder verpflichtet noch berechtigt, eine beantragte Eintragung oder Löschung wegen Mängel des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes zu beanstanden, sofern nur die Bewilligung Seitens des Passivbetheiligten in gehöriger Form beigebracht ist.[7]

§ 206. Die Schadensklage gegen die Buchbeamten und den Staat.

Die Grundbuchbeamten sind wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Pflichtwidrigkeit in Verwaltung der Grundbuchgeschäfte nicht bloß strafrechtlich oder disciplinarisch verfolgbar; vielmehr nicht minder den verletzten Parteien ersatzpflichtig, so daß der Prozeßrichter über die Schadensklage zu entscheiden hat.[1]

1. Diese Haftbarkeit tritt ein wegen Unterlassungen und Verzögerungen, wie wegen Thuns. Sie begreift Verschuldung jeden Grades.[2] Doch ist von der bloß ausführenden die richterliche Aufgabe des

---

Grundstück oder wenn im Namen des Gläubigers die Löschung bewilligt werden soll. L. R. I, 13. § 108, oben § 114 zu 1. Bei Ehefrauen ist regelmäßig Zustimmung des Mannes erforderlich u. s. f.

5) G. B. O. § 46.

6) Hypothekenordnung II, § 12. L. R. I, 20 § 430.

7) Die Entscheidungen des Grundbuchrichters entbehren, als in nicht streitigen Sachen abgegeben, der Rechtskraft. Sie können daher in Folge später gewonnener besserer Einsicht von dem erkennenden Richter selbst abgeändert werden, bis in Folge derselben Dritte Rechte erwarben — vgl. oben § 134.

1) Hyp. Ordn. I, § 76 ff. G. B. O. § 29. Vgl. unten Bd. 2 § 298 bei Anm. 17 und 21. Haftbar ist jeder Amtsrichter, welcher die Grundbuchsache selbständig bearbeitete, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihm bei der Geschäftsvertheilung zugewiesen war oder nicht. Auch Referendare haften, sofern sie mit selbständiger Bearbeitung der Grundbuchsache betraut waren, vgl. jedoch Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 441 Anm. 1.

Grundbuchrichters zu unterscheiden. Da die richterliche Thätigkeit ihrer Natur nach einen freieren Spielraum fordert, so beschränkt sich die Haftbarkeit in letzterer Hinsicht auf absichtliche Schadenszufügung, unzweideutige Aktenwidrigkeiten, offenbare Gesetzesverletzungen, tritt aber nicht wegen angeblich unrichtiger Entscheidungen ohne weiteres ein.

2. Der Schaden liegt vorzugsweise darin, daß Dritte dem Kläger vorgehende Rechte erworben haben, welche ohne den Fehler des Richters den Vorzug nicht hätten. Es muß hierdurch das Vermögen des Klägers gemindert sein; der Hypothekar z. B., welcher in Folge richterlichen Versehens eine schlechtere Priorität erhielt, als ihm gebührte, kann daher den Richter erst dann in Anspruch nehmen, wenn er bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück einen Ausfall erlitt, welchen er sonst nicht erlitten hätte.[3]

3. Nach allgemeinen Grundsätzen ist anzunehmen, daß von Fällen vorsätzlicher Pflichtwidrigkeit abgesehen, Haftbarkeit der Grundbuchbeamten nicht eintritt, wenn eigenes Versehen des Beschädigten den Schaden veranlaßt hat. Dies insbesondere, wenn der Kläger selbst den Antrag auf die ihn beschädigende Verfügung gestellt hat,[4] oder, wenn derselbe den Eintritt eines Schadens durch rechtzeitige Anzeige oder Beschwerde hätte abwenden können,[5] namentlich also, wenn er versäumte, mit einer Beschwerde in Fällen vorzugehen, in welchen dem Schaden noch vorgebeugt werden konnte.[6]

Die Haftung ist gemäß der Grundsätze des preußischen Rechtes über Verantwortlichkeit der Beamten eine subsidiäre, d. h. sie tritt nur ein, soweit für den Beschädigten von anderer Seite Ersatz nicht erlangt werden kann.[7]

---

2) So G. B. O. § 29. Vordem war streitig, für welchen Grad der Verschuldung die Grundbuchbeamten zu haften hatten.

3) Es genügt, daß in dem Versteigerungsverfahren ein zulässiges — geringstes — Gebot nicht erfolgte, vgl. Zw. V. Gesetz vom 13. Juli 1883 § 22, 60.

4) L. R. I, 20 § 430 ist in Folge § 46 der G. B. O. veraltet, vgl. aber Turnau G. B. O. Bd. 2 S. 342.

5) L. R. I, 20 §§ 450 ff. 503 findet sich die Vorschrift, daß der Gläubiger, welcher gewisse bei der Eintragung vorgekommene Fehler aus dem Hypothekenschein erkennen konnte, zur Anzeige derselben binnen sechs Wochen nach Einhändigung des Scheines bei Verlust seines Rückgriffrechtes verpflichtet sei. Es fragte sich, ob diese Vorschrift auch in anderen Fällen zur Anwendung zu bringen sei, in welchen der Fehler des Richters aus dem Hypothekendokumente erkennbar war, was wegen Gleichheit des Grundes zu bejahen war. Jetzt entsteht die weitere Frage, ob die Bestimmung auch nach Inkrafttreten der neuen Grundbuchordnung zu beachten ist. Wir werden uns hierfür entscheiden, da die Bestimmung des L. R. hier der G. B. O. nicht widerstreitet, sondern sie nur zweckmäßig ergänzt.

6) G. B. O. § 24 Abs. 2. Er hat sich z. B. längere Zeit bei einer Abweisung beruhigt und erst später wird eine kollidirende Eintragung genommen. — Vgl. noch unten Bd. 2 § 298 Anm. 24.

7) G. B. O. § 29.

Trifft die Schuld den Grundbuchrichter und den Buchführer, so stehen beide solidarisch für den Schaden ein.

4. Ist von den Grundbuchbeamten Schadensersatz nicht zu erlangen, so haftet nach der Grundbuchordnung letztlich der Staat dem Beschädigten.[8] Hinsichtlich dieser Haftpflicht des Staates sind die Grundsätze der Bürgschaft entsprechend zur Anwendung zu bringen.[9] Hiernach kann der Kläger bei Belangung der Grundbuchbeamten den Fiskus mit vorladen lassen. Es steht dann das gegen die Ersteren ergangene Urtheil auch dem Letzteren entgegen.[10]

IV. Die Agrargesetzgebung.[1]

§ 207. Uebersicht.

Die heutigen Rechtsverhältnisse des ländlichen Grundbesitzes in Preußen beruhen zum großen Theil auf der Agrargesetzgebung des neunzehnten Jahrhunderts, deren Thätigkeit mit dem Jahre 1807 begann. Ihr Ziel war, ein möglichst freies und selbständiges Grundeigenthum anstatt des früheren belasteten und gemeinsamen Besitzes zu schaffen, um dem Eigenthümer Entledigung von Verkettungen, welche in überlebten Wirthschaftssystemen ihren Grund hatten, und die Möglichkeit und den Sporn zu einer freithätigen und intensiven Landwirthschaft zu gewähren. Diese Umbildung war nur möglich

---

8) Hieraus ist nicht etwa zu schließen, daß der Grundsatz anerkannt sei, wonach der Staat für die Thätigkeit seiner Beamten bei Verwaltung von Hoheitsrechten schlechthin einzustehen habe, vgl. oben § 53 Anm. 17. Der Staat hat das Grundbuchwesen in die Hand genommen nicht zu specifisch staatlichen und hoheitlichen Zwecken, sondern im Interesse der Grundbesitzer. Um diesem wichtigen Stande den nöthigen Kredit zu verschaffen und dessen Rechte zu sichern, ist von ihm gleichsam im Namen der Gesammtheit der Grundbesitzer die Einrichtung der Grundbücher geschaffen. Er hat die Pflicht, dieser Einrichtung die höchstmögliche Sicherung und Zweckmäßigkeit zu geben und er erhebt hierfür die Kosten, welche man nicht als Steuern, sondern als Gebühren für gemachte Leistungen qualificiren muß. Zu der Vervollkommnung der Einrichtung gehört nun ein absoluter Schutz im Falle der Versehen der Beamten, und der Staat kann denselben gewähren, wenn er die hierfür nothwendigen Beträge mit denen der Einrichtung überhaupt von den Grundbesitzern und Realberechtigten erhebt. Es liegt also in der Sache gewissermaßen eine vom Fiskus übernommene Versicherung. So meine Ausführung in der Herrenhauskommission. Vgl. deren Bericht über die G. B. O. S. 16.

9) Vgl. insbesondere L. R. I, 14 § 283 über die Frage, in welchem Maße zuvörderst die Verfolgung der Grundbuchbeamten vorherzugehen hat.

10) L. R. I, 14 § 311. In Mecklenburg nimmt man an, daß die Landesherrschaft das gegen ihre Behörde ergangene Urtheil ohne weiteres gegen sich selbst gelten lassen müsse, v. Meibom a. a. O. S. 67, was sich nach allgemeinen Grundsätzen nicht rechtfertigen läßt.

1) Die Litteratur führt an A. Glatzel in seinen beachtenswerthen Artikeln über „Ablösung der Reallasten“, „Auseinandersetzungsverfahren“, „Gemeinheitstheilungen“ in dem Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts von Stengel. Wichtige Entscheidungen enthält die vom Oberlandeskulturgericht herausgegebene Zeitschrift für die Landeskulturgesetzgebung der preußischen Staaten.

durch rücksichtsloses Eingreifen in die geschichtlich gegebenen Privatrechtsverhältnisse; doch hatte dasselbe in der Nothwendigkeit für das Allgemeine und in dem schließlichen Nutzen für alle Betheiligten seine Rechtfertigung.

Durch die nach dem Frieden von Tilsit zur Berathung über die Herstellung des Landes niedergesetzte Immediatkommission geschah die Entwerfung des Edikts vom 9. Oktober 1807, welches die Reformgesetzgebung eröffnete. Dieses Edikt schuf die Freiheit des Grundstücksverkehrs, so daß fortan jeder Einwohner ohne Rücksicht auf seinen Stand zum Besitze von Grundstücken berechtigt wurde; beseitigte die Gutsunterthänigkeit vom Martinitag 1810 ab;[2] beschränkte die gesetzlichen Vorkaufsrechte, verstattete die Parcellirung der Güter, deren Theilbarkeit bisher aus rechtspolizeilichen Gründen ausgeschlossen war, und ermöglichte Aufhebung des Fideikommiß- und Lehnverbandes durch Familienschlüsse.

An dieses bedeutsame Gesetz reihten sich zwei Edikte vom 14. September 1811, das eine mit mannichfachen Bestimmungen behufs Beförderung der Landeskultur, das andere zum Zweck der sogenannten Regulirung der gutsherrlichen Verhältnisse, d. h. der Umwandlung des bisherigen bloß prekaristischen Besitzes der Hintersassen in freies Eigenthum. Wurden gleich später der Anwendung dieses Gesetzes durch die Deklaration vom 29. Mai 1816 engere Grenzen gezogen, so hat andererseits das Organisationsgesetz vom 20. Juni 1817 die praktische Ausführung der schwierigen Maßnahme der Regulirung wesentlich gefördert.

Auf Grund dieser Organisation konnte die Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 erlassen werden, welche die bereits vom Landrechte angebahnte Aufhebung der Wald- und Weidegemeinschaften weiter durchführte und gleichzeitig in einem großen Theile der Monarchie zu einer Auftheilung und Neubegrenzung des ländlichen Besitzes führte.

---

2) Die Gutsunterthänigkeit hob die persönliche Freiheit der Gutsunterthanen nicht, wie die Sklaverei und Leibeigenschaft auf, beschränkte sie aber, zu den Zwecken des Gutes, dem sie angehörten, vgl. L. R. II, 7 § 147 „Unterthanen werden außer der Beziehung auf das Gut, als freie Bürger des Staates angesehen.“ Die Beschränkung traf vorzugsweise die Freizügigkeit, das Recht der freien Berufswahl, der Eheschließung so, daß die Unterthanen mit Inbegriff ihrer Nachkommen das Gut, zu welchem sie geschlagen waren, ohne Bewilligung der Gutsherrn nicht verlassen durften und den Gutsherrn Dienste zu leisten hatten; siehe das Nähere L. R. II, 7 § 148 ff. — Zur Geschichte der Leibeigenschaft und Gutsunterthänigkeit in den preußischen Staaten vgl. Brünneck in der Savignyzeitschrift für Rechtsgeschichte germ. Abth. Bd. 10 S. 24, siehe auch Glatzel a. a. O. Bd. 1 S. 9. — Auf öffentlich rechtlichem Gebiet hatten die Gutsherrn die gutsherrliche Gerichtsbarkeit, welche erst die Verordnung vom 2. Januar 1849 aufhob und die gutsherrliche Polizei, welche, nachdem der sie verwerfende Art. 42 der Verfassungsurkunde beseitigt war, schließlich durch die Kreisordnung vom 13. December 1872 ihr Ende fand. Ueber das Fortbestehen gewisser Wirkungen der ehemaligen Gutsherrlichkeit vergl. Entsch. d. O. Verw. Ger. Bd. 10 S. 126.

Einen Abschluß hat die Reformgesetzgebung gefunden in dem tief einschneidenden Gesetze vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse — dem sogenannten Ablösungsgesetze, — an welches sich unter demselben Datum ein Gesetz, betreffend die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821, knüpfte.

Neue Bahnen haben die Gesetze über Rentengüter vom 27. Juni 1890 und 7. Juli 1891 eröffnet. Ihr Zweck ist die Vermehrung des kleinen und mittleren Grundbesitzes zu Gunsten der Landwirthe und Bauern mit geringem Kapitalbesitz.

§ 208. Der lassitische Besitz. Früherer Zustand.[1]

Bis zum Beginn unseres Jahrhunderts beruhte die Bewirthschaftung der größeren Güter in der preußischen Monarchie, wie in anderen Theilen Deutschlands, meist auf der sogenannten Fröhnerwirthschaft, welche sich seit dem früheren Mittelalter entwickelt hatte. Hierbei überließen die Gutsbesitzer einen Theil ihrer Feldmark als bäuerliche Nahrung sogenannten Hintersassen gegen die Verpflichtung zur Leistung von Frohnden, mittels welcher das Hofgut bestellt wurde. Diese Leistungen bestanden theils in Hand-, theils in Spanndiensten, so daß die Frohnbauern nicht nur Arbeitskräfte, deren man ganz besonders benöthigt war, sondern auch Betriebskapitalien zur Bewirthschaftung des Gutes stellten.

Die Rechte, welche den Hintersassen an ihren Bauerstellen verliehen waren, entwickelten sich je nach Ortsgebrauch und besonderen Vereinbarungen in verschiedener Art. Vielfach gestalteten sie sich entweder von vornherein oder im Laufe der Zeit zu wirklichem, wenn auch mit Diensten und Abgaben belastetem Eigenthum. Andernorts bildeten sie sich zu festen emphyteutischen Rechten, dem sogenannten Erbzinsrecht, bei welchem dem Bauer das nutzbare, dem Grundherrn das obere Eigenthum zugeschrieben wurde. Ein solcher Erbzinsmann hatte in Folge seines nutzbaren Eigenthums eine gesicherte Rechtsstellung, so daß die Reformgesetzgebung es hierbei bis zu dem jüngsten Hauptgesetze — dem Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 —, welches dem Erbzinsmann volles Eigenthum verlieh, bewenden ließ. Sehr häufig aber hatte der Hintersasse das Nutzungsrecht seiner Stelle nur auf Widerruf, wenngleich sie ihm die Gutsherrschaft thatsächlich lebenslänglich beließ und nach seinem Tode vorzugsweise wieder mit seinen Nachkommen besetzte.

1) Vgl. G. F. Kapp die Bauernbefreiung Leipzig 1887. Ueber die älteren Zustände der Mark Brandenburg siehe Fuchs in der Savignyzeitschrift f. Rechtsg. germ. Abth. Bd. 12 S. 17 und dort citirte.

An solchen deshalb s. g. Laßgütern erlangte der Bauer also trotz unvordenklicher Dauer des Verhältnisses kein festes Privatrecht.[2] Daher war es von größter Bedeutung, daß seit dem sechszehnten Jahrhundert das öffentliche Recht zur Ergänzung des unbefriedigenden privatrechtlichen Zustandes dieser lassitischen Bauerngüter eingriff.

Als sich nämlich damals in Folge des Steigens des Bodenwerthes und der leichteren Möglichkeit der Beschaffung von Arbeitskräften, wie anderwärts so auch in den jetzt preußischen Landen das Bestreben der Gutsherren geltend machte, ihre an die Bauern ausgethanen Grundstücke wieder einzuziehen, so traten diesem sogenannten Legen der Bauernhöfe die Landesherren im Interesse der Allgemeinheit durch zahlreiche örtliche Gesetze entgegen, wie solche namentlich für die Marken und das Erzbisthum Magdeburg, desgleichen für Schlesien erlassen wurden. Durch dieselben wurde die Vereinigung der Bauerngüter mit dem Hofgut verboten und dem Gutsherrn die Wiederbesetzung erledigter oder eingegangener Stellen mit bäuerlichen Wirthen zur Pflicht gemacht.[3]

Allgemeines Landesrecht wurde das Verbot des Einziehens der Bauernhöfe durch das Edikt Friedrichs II. vom 12. August 1749,[4] ein Verbot, welches in das allgemeine Landrecht übergegangen ist.[5]

§ 209. Die Regulirung des lassitischen Besitzes.

Der öffentlichrechtliche Schutz der Laßgüter erschien im Beginne unseres Jahrhunderts nicht mehr ausreichend. Mochte durch denselben die

2) So bestimmte z. B. die pommersche Bauernordnung von 1764 III, § 1: es sei außer Streit, daß Aecker, Wiesen, Gärten und Häuser, welche die Bauern besitzen, der Herrschaft des Gutes als res soli eigenthümlich gehören, daher sie auch kein dominium, weder directum noch utile, auch keine Erbgerechtigkeit haben, viel weniger exceptionem perpetuae coloniae und daß sie und ihre Vorfahren über 50, 60, auch wohl 100 Jahre die Höfe bewohnt haben, vorwenden können. N. C. C. III, S. 536.

3) Die Einziehung gestattete man schon 1540 in der Mark nur zur Nothdurft des Gutsherrn. Ferner wurden die Gutsherren der Mark verpflichtet, die im dreißigjährigen Kriege ledig gewordenen sogenannten wüsten Höfe wieder zu besetzen. Edikt vom 12. April 1667. C. C. M. IV, 3 p. 23, vom 29. Juni 1714, IV, 3 p. 59, was § 1 des Edikts vom 30. August 1717, C. C. M. IV, 3 p. 63, auf die im Jahre 1624 vorhandenen Bauernhöfe beschränkte. Als Grund wird angeführt, die Unterlassung der Wiederbesetzung hindere die Zunahme der Landbevölkerung, erschwere für die vorhandenen Einwohner die Lasten der Einquartirung, Durchmärsche, Rekrutirung, die Nachbarrechte (Komunallasten) und verschlimmere die Lage der Unterthanen, wenn sie neben dem Vorland kontribualen Acker bestellen müßten.

4) Contin. IV des C. C. M. n. 76. Allgemeines Edikt, daß keiner von Adel noch andere Vasallen .. Städte und Kommunen, so Dörfer und Landgüter besitzen, bei ein hundert Dukaten Strafe sich unterstehen sollen, in und bei ihren Gütern, Bauern- und Kossätenhöfe eingehen zu lassen und die Aecker und Wiesen davon an sich zu ziehen u. s. f. Später — den 12. Juli 1764 — wurde befohlen, die während des Krieges frei gewordenen Höfe binnen Jahresfrist bei Strafe wieder zu besetzen. N. C. C. III, S. 449. — Ganz anders war der Verlauf, wo die Aristokratie herrschte, wie in Mecklenburg, England.

5) L. R. II, 7 § 14.

Erhaltung des Bauernstandes als solchen bewirkt werden, so kam er doch den einzelnen Besitzern nur mittelbar zu Gute, da sie trotz desselben für ihre Person in mehr oder weniger unsicherer Lage blieben. Daher fehlte den jeweiligen Besitzern der Anreiz zur Verbesserung ihrer Grundstücke, welcher nur von einem festgesicherten und schlechthin vererblichen Rechte zu erwarten ist. Auch war bloß polizeilicher Schutz der Bauern den Verhältnissen und den Richtungen des neueren Rechtes wenig entsprechend. Deshalb entschloß man sich in schwerer Zeit, den bisher bloß lassitischen Besitz der Bauern in freies Eigenthum zu verwandeln, den Gutsherrn aber für die Vermögensvortheile, welche sie von solchen Gütern bisher gezogen hatten, Entschädigung zu gewähren. Die Vornahme dieser Eigenthumszutheilung und Entschädigungsfestsetzung nannte man Regulirung. Der geschichtliche Gang war dieser:

1. Die Grundlage legte das Edikt vom 14. September 1811 für den allerdings damals sehr beschränkten Umfang der Monarchie. Das Edikt unterschied zwei Klassen von Laßgütern. Die eine Klasse bildeten diejenigen Stellen, bei welchen schon bisher ein gewisses Erbrecht oder doch die Verpflichtung des Gutsherrn bestand, den Hof wieder mit einem der Erben des letzten Besitzers zu besetzen, die andere Klasse machten diejenigen Höfe aus, welche der Gutsherr zwar mit Bauern besetzen und in steuerfähigem Zustande erhalten mußte, aber den jeweiligen Besitzern auf unbestimmte Zeit, oder auf gewisse Jahre, oder auf Lebenszeit, meist auch mit dem Rechte willkürlicher Erhöhung der Abgaben belassen durfte. Die Güter beider Klassen sollten auf Antrag eines der beiden Theile gegen Entschädigung des Grundherrn freies Eigenthum der Besitzer werden.

In der Regel wurde bei Gütern der ersten Klasse die Entschädigung durch Abtretung eines Drittels des Hofgutes, bei denen der zweiten Klasse durch Ueberlassung der Hälfte des Gutes gewährt. Doch konnten die Bauern der ersten Klasse, wenn sie durch jene durchschnittlich festgestellte Entschädigung im Vergleich zu ihren bisherigen Lasten überschwert wurden, besondere Ausmittelung einer dem Werthe der Lasten entsprechenden Entschädigung verlangen.[1] Andrerseits gaben spätere gesetzliche Bestimmungen auch dem Gutsherrn das Recht, auf eine höhere Entschädigung als die regelmäßige anzutragen, wenn diese den Werth der gutsherrlichen Rechte nicht erreichte.[2] Schließlich sah man sich, und zwar schon bei Einführung der Regulirung in dem Großherzogthum Posen und einigen anderen früher pol-

1) § 30 des Edikts vom 14. September 1811.
2) Deklaration vom 29. Mai 1816 Art. 66 ff. 82.

nischen Landestheilen[3] veranlaßt, von der Durchschnittsentschädigung abzusehen und besondere Ausmittelung des Werthes der gutsherrlichen Rechte in jedem Falle vorzunehmen.

2. Beschränkungen der Regulirungsfähigkeit führte die Deklaration vom 29. Mai 1816 ein, indem sie namentlich feststellte, daß nur solche bäuerliche Stellen in Eigenthum der Besitzer verwandelt werden sollen, welche ihren Inhaber als selbständigen — Zugvieh haltenden — Ackerwirth ernährten, und die außerdem in gewissen für die verschiedenen Provinzen verschieden bestimmten Normaljahren schon mit bäuerlichen Wirthen besetzt, auch in den Steuerlisten als bäuerliche Besitzungen katastrirt waren. Solange eine Regulirung nicht erfolgt war, blieb es bei den bisherigen lassitischen Verhältnissen, insbesondere den landespolizeilichen Einschränkungen der Gutsherren. Diese bestanden daher auch fort für diejenigen Besitzungen, welche von der Regulirungsfähigkeit durch die gedachte Deklaration ausgenommen waren.

3. An die Stelle der früheren Gesetzgebung trat letztlich das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850. Dasselbe dehnte wieder die Regulirungsfähigkeit auf jeden lassitischen Besitz aus, ohne Rücksicht auf seinen Umfang, bestimmte ferner, daß die Abfindung, welche jetzt stets nach dem besonderen Werthe der abzufindenden Rechte bemessen war, in Rente und nicht — abgesehen vom Vergleichswege — in Land geschehen solle, und schrieb vor, daß den Bauern mindestens ein Drittel des Grundwerthes freizulassen sei. Ferner sollte sich fortan der lassitische Besitz auch vor Durchführung der Regulirung mit dem Anrecht auf Eigenthumsverleihung nach den Regeln des gewöhnlichen Erbrechts vererben, womit der landespolizeiliche Zwang zur Wiederbesetzung der Stellen mit einem bäuerlichen Wirthe als überflüssig wegfiel.

Das Recht auf Eigenthumsverleihung stand nach diesen Gesetzen demjenigen zu, welcher das lassitische Grundstück zu eigenem Rechte besaß oder auf dessen vollständigen Besitz vorzüglichen Anspruch hatte. Es hatten daher namentlich sogenannte Interimswirthe, wie auch diejenigen, welche die Stelle vom eigentlichen Wirthe geliehen oder gepachtet hatten, auf die Eigenthumsverleihung kein Recht. Wer hiernach zum Eigenthum an dem lassitischen Grundstück berechtigt war, ließ sich freilich nicht immer leicht fest-

---

3) Gesetz vom 8. April 1823 für das Großherzogthum Posen, den Kulm- und Michelauischen Kreis und das Gebiet der Stadt Thorn. — Das Edikt vom 14. September 1811 nebst der Deklaration wurde auch eingeführt im Kottbuser Kreis, den Lausitzen, dem Landgebiete der Stadt Danzig. Besondere zum Theil auf den Gesetzen der Fremdherrschaft beruhende Gesetze ergingen für Westphalen: Vgl. insbesondere Gesetz vom 21. April 1825.

stellen, da unter der Herrschaft des früheren Rechtes die Berechtigten auf die schwer belasteten, zum Theil beliebig entziehbaren Stellen wenig Werth gelegt und sie je nach Umständen verlassen hatten, andere Personen aber willkürlich eingedrungen waren. Um eine feste Grundlage zu gewinnen, wurde durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 76 Abs. 2 der vollständige Besitz des Laßguts am 9. Oktober 1848 — dem Tage der Verkündigung eines Zwischengesetzes — als der Vermuthung nach rechtmäßig erklärt, so daß diese Vermuthung nur durch Urkunden entkräftbar war. Auch mußten sich alle nicht besitzenden, angeblich Berechtigten, welche am 9. Oktober 1848 nicht im Besitz waren, bei Ausschluß ihrer Rechte an dem Laßgute bis zum 1. Januar 1852 melden.

Schließlich verfügte das Gesetz vom 16. März 1857, daß sämmtliche Ansprüche auf Eigenthumsverleihung auch Seitens der derzeitigen Besitzer der Laßgüter bei Strafe der Ausschließung bis zum 31. December 1858 bei den Auseinandersetzungsbehörden anzumelden seien. In Folge dessen gehört nunmehr das Institut der Regulirung der Rechtsgeschichte an.[4] [5]

§ 210. Aufhebung und Ablösung der Reallasten.[1]

Mit der Eigenthumsverleihung an den Laßgütern war die Beseitigung der dem Gutsherrn geschuldeten Lasten — Frohnden und Abgaben — von selbst verbunden. Für die eigenthümlich oder erbzinsweise oder in Erbpacht besessenen Bauergüter entschloß sich die Gesetzgebung, da das Bedürfniß hier weniger dringend war, langsamer zu Umgestaltungen. Zwar hatte das Gesetz vom 7. Juni 1821 gewisse besonders beschwerliche Dienste und Abgaben, welche größere Ackernahrungen belasteten, auf Antrag des Verpflichteten wie des Berechtigten für ablösbar erklärt. Durchgreifend schritt aber erst das an die Stelle der älteren Ordnungen tretende Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 ein, welches diese Lasten theils durch Aufhebung, theils durch Erleichterung der Ablösung der Mehrzahl nach beseitigte.

Dieses Gesetz hat gemäß der Verheißung der Verf. U. vom 31. Jan. 1850 Art. 42 eine nicht geringe Zahl von bäuerlichen Lasten ohne Entschädigung

---

4) Bis Ende 1865 waren von den Auseinandersetzungsbehörden regulirt 5,511,132 Morgen zu Gunsten von 83,288 Eigenthümern. Dagegen wurden im Jahre 1866 nur noch 169 Morgen zu Gunsten von 12 Eigenthümern regulirt. Jahrbuch für die amtliche Statistik des preuß. Staates III, 1869 S. 70. Derzeit ist die Regulirung beendet.

5) Jedoch wurde für Neuvorpommern und Rügen, auf welche die Regulirung früher nicht erstreckt war, weil sich dort angeblich keine regulirungsfähige Stellen fanden, was sich hinterher als unrichtig herausstellte, ein Gesetz über die Regulirung unterm 12. Juni 1892 erlassen.

1) Ueber den Begriff der Reallasten unten § 305.

aufgehoben, insbesondere alle, welche auf einem guts-, grund- oder gerichtsherrlichen Verhältnisse, also auf öffentlichrechtlichem Grunde beruhten, wie auch gewisse Belastungen, welche dem Berechtigten keinen erheblichen Vermögensnutzen, oder doch nur einen selten sich verwirklichenden, von zufälligen Umständen abhängigen Vortheil gewährt hatten.[2] Die nicht aufgehobenen Reallasten wurden für ablösbar erklärt, und zwar sowohl auf Antrag des Berechtigten als des Verpflichteten. Die Zurücknahme eines einmal angebrachten Antrags auf Ablösung ist unzulässig. Der Ablösungsantrag des Verpflichteten muß sich auf sämmtliche seinen Grundstücken obliegende Reallasten erstrecken, der Ablösungsantrag des Berechtigten sämmtliche Reallasten begreifen, welche ihm an Grundstücken desselben Gemeindeverbandes zustehen.[3] Von der Ablösbarkeit sind ausgeschlossen die öffentlichen Zwecken dienenden Lasten, also Staats- und Gemeindelasten, ferner die auf Deich- oder ähnliche Verbände sich beziehenden Verpflichtungen, endlich Abgaben und Leistungen zur Erbauung oder Unterhaltung der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude, wenn dieselben nicht die Gegenleistung einer ablösbaren Reallast sind.[4]

Das Verfahren bei der Ablösung ist folgendes:

1. Zur Bestimmung der Abfindung wird zunächst der jährliche Geldwerth der abzulösenden Reallast ermittelt,[5] nachdem der Werth etwaiger Gegenleistungen des Realberechtigten abgezogen ist. Hierbei kann

---

2) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §§ 2 und 3. Namentlich zählte man hierher alle Dienste zu bloß persönlichen Bedürfnissen der Gutsherren und ihrer Beamten. Daß die auf einem Grundstück ruhende Verpflichtung, für ein anderes Grundstück gegen eine festbestimmte Geldsumme gewisse Arbeiten zu verrichten, z. B. eine Wiese zu mähen, durch § 2 nicht aufgehoben ist, führt aus R. G. Bd 1 S. 120. Zur Löschung der im § 2 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 aufgehobenen Rechte im Grundbuche genügt einseitiger Antrag des Grundeigenthümers nach G. B. O. § 98. Für die im § 3 des Ablösungsgesetzes aufgehobenen Rechte ist das Gleiche nicht bestimmt, ferner nicht für die nach § 36 der Kreisordnung vom 20. December 1872 aufgehobene Last des Schulzendienstes.

3) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 94 ff. Ueber Neubegründung siehe unten § 307.

4) § 6 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850.

5) § 8 ff. des Ablösungsgesetzes. — Zur Ermittelung des Werthes von Diensten, welche nach Tagen bestimmt waren, wurden für die verschiedenen Bezirke des Staates Normalpreise aufgestellt, für Dienste anderer Art nahm man schiedsrichterlichen Ausspruch zu Hülfe. Feste Abgaben in Körnern stellte man nach demjenigen Martinimarktpreise fest, welcher sich an dem als maßgebend bezeichneten Marktorte im Durchschnitt der letzten 24 Jahre vor Anbringung des Antrags ergab, wenn die zwei theuersten und die zwei wohlfeilsten von diesen Jahren außer Ansatz blieben. Bei festen, nicht in Körnern bestehenden Naturalabgaben berücksichtigte man die Preise der letzten 20 Jahre u. s. f. Vgl. noch Gesetz vom 19. März 1860 wegen Abänderung der §§ 68 und 69 des Ablösungsgesetzes und Gesetz vom 11. Juni 1873 betreffend die Abänderung des § 3 des Gesetzes vom 19. März 1860 wegen Revision der Normalpreise.

der Verpflichtete fordern, daß ihm mindestens ein Drittheil des Reinertrags seiner Stelle frei verbleibe.[6]

2. Als Ablösungssumme wird dem Reallastberechtigten der Kapitalwerth der so ermittelten Geldrente geleistet.

Die Ablösung geschieht im achtzehnfachen Betrage der Rente, falls beide Theile sofortige Zahlung in baar wollen, oder im zwanzigfachen Betrage, falls sie durch Rentenbriefe erfolgt, welche die Rentenbanken ausgeben,[7] — Geldinstitute, welche für jede Provinz unter staatlicher Garantie zur Beförderung der Ablösung ins Leben gerufen sind. Den Rentenbanken werden nämlich, wenn es nicht zur Baarzahlung des Ablösungskapitals kam, von den Auseinandersetzungsbehörden die ermittelten Geldrenten überwiesen. Hierfür geben die Banken dem Reallastberechtigten auf den Inhaber lautende, zu 4% verzinsliche, allmählig zu amortisirende Schuldverschreibungen, s. g. Rentenbriefe, an Zahlungsstatt. Dadurch, daß der Berechtigte für seine Rente eine dem Zwanzigfachen derselben entsprechende Kapitalsumme in Rentenbriefen erhält, welche ihm nur zu 4% verzinst wird, während die der Rentenbank überwiesene vom Rentenpflichtigen zu berichtigende Rente sich auf 5% derselben berechnet, bleibt der Rentenbank beim Rentenbezug ein Ueberschuß der jährlichen Einnahme über die Ausgabe, durch welchen die zur Amortisation der Rentenbriefe nöthigen Beträge angesammelt werden. Die Rentenbank bezieht die Rente so lange fort, als dies zur Zahlung der Zinsen und zur Amortisation des Kapitals der für die Rente ausgegebenen Rentenbriefe erforderlich ist.[8]

Die den Rentenbanken überwiesenen Renten genießen desselben Vorzuges, wie die Staatssteuern, so daß sie den Hypotheken vorgehen. Dies auch — weil die Vermittelung der Rentenbanken hiervon abhängig schien — in den, übrigens seltenen Fällen, in welchen die Hypotheken ursprünglich vor den betreffenden Reallasten den Vorrang gehabt hatten. Das Recht der Rentenbanken auf die überwiesenen Geldrenten hat auch ohne Eintragung dingliche Wirksamkeit gegen Dritte.[9] [10]

---

6) § 63 des Ablösungsgesetzes.

7) Gesetz vom 2. März 1850 über die Errichtung von Rentenbanken.

8) Dem Verpflichteten wird vom Tage des Ueberganges der Rente an die Rentenbank ein Zehntel der Rente, also ein halb Procent der Kapitalsumme erlassen. Danach bezieht die Rentenbank jährlich ein halbes Procent mehr als sie behufs Verzinsung der Rentenbriefe braucht, womit sich die Befreiung in $56\frac{1}{12}$ Jahren vollendet. Zahlt der Verpflichtete, was ihm freisteht, die ermittelte jährliche Geldrente voll, so vollzieht sich die Amortisation in $41\frac{1}{12}$ Jahren durch das jährlich überschießende 1%. Der Verpflichtete kann seine Befreiung von der Rentenpflicht aber auch in kürzerer Zeit früher durch größere Zahlungen herbeiführen.

9) Vgl. Gesetz vom 2. März 1850 über die Rentenbanken § 18. Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 § 12. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 150. Auch nach dem

Die Ablösung zum Achtzehnfachen durch Kapitalzahlung und die Vermittelung der Rentenbanken trat nur für die bis zum 1. December 1859 beantragten Ablösungen ein. Die Rente konnte seitdem nur noch nach sechsmonatlicher bloß dem Verpflichteten zustehender Kündigung durch Baarzahlung ihres fünfundzwanzigfachen Betrages — und zwar längstens in 4 Jahreszielen — abgelöst werden.[11] Es wurden jedoch später die Rentenbanken wieder bis zum 31. December 1883 eröffnet, womit für die bis dahin beantragten Ablösungen nochmals die bis zum 1. December 1859 geltenden Ablösungsprincipien in Kraft traten.[12]

Das Gesetz betreffend die Beförderung der Errichtung von Rentengütern vom 7. Juli 1891 hat den Rentenbanken neue Befugnisse ertheilt.[13]

Die Ablösung derjenigen Reallasten, welche an Kirchen, Pfarreien, Küstereien und Schulen zu entrichten sind, unterliegt besonderen gesetzlichen Vorschriften. Die Anwendung des Ablösungsgesetzes von 1850 galt diesen Anstalten gegenüber für hart, da sie nicht, wie Private, in der Lage sind, die in Folge desselben eintretenden Nachtheile durch spekulative Verwendung des geleisteten Kapitals auszugleichen.[14] Derzeit steht in Kraft das Gesetz vom 27. April 1872 mit seinen Nachträgen. Dasselbe gestattet dem Berechtigten den Antrag auf Kapitalablösung bis zum 31. December 1883, dem Verpflichteten ohne Zeitgrenze.[15] Geschieht der Antrag Seitens des Berechtig-

Zw. V. Ges. vom 13. Juli 1883 § 27 haben die laufenden Ablösungsrenten und zweijährige Rückstände von solchen das Vorrecht der direkten Staatsabgaben. Die eingetragenen Reallasten, an deren Stelle die Renten getreten sind, wurden auf Antrag der Auseinandersetzungsbehörden im Hypothekenbuche gelöscht, dagegen wurde in diesem Falle kostenfrei vermerkt, daß das Grundstück der Rentenbank rentenpflichtig ist.

10) Was die dem Domainenfiskus geschuldeten Reallasten betraf, so bestand kein Bedürfniß, den Staat durch Rentenbriefe zu befriedigen. Daher zieht der Staat die Rente — sogenannte Domainenrente — selbst ein und hat hinsichtlich derselben die Rechte der Rentenbanken; umgekehrt kommen dem Pflichtigen dieselben Rechte zu Gute, wie sie im Falle der Ueberweisung der Rente an die Rentenbank gegolten hätten, namentlich auch in Betreff der Amortisation. Gesetz über die Rentenbanken § 64.

11) Gesetz vom 26. April 1858 § 3 betreffend die Schließung der Rentenbanken. Das Gesetz bezog sich — nach § 5 — nicht auf die Domainenrenten, welche daher noch nach den Grundsätzen des Gesetzes vom 2. März 1850 abgelöst werden können.

12) Gesetz vom 17. Januar 1881.

13) Vgl. hierüber unten § 309[a].

14) Schon das Gesetz vom 2. März 1850 ließ nur die Verwandlung der den erwähnten Instituten geschuldeten Reallasten in eine feste Rente eintreten, behielt aber die Bestimmung über die Ablösung der Rente in Kapital einem künftigen Gesetze vor. Bald wurde auch die Umwandlung der Rente sistirt durch Verordnung vom 13. Juni 1853. Durch ein die betreffenden Institute über die Maßen begünstigendes Gesetz vom 15. April 1857 war die Ablösung nicht gefördert worden.

15) Gesetz vom 27. April 1872 § 8 und vom 11. Juni 1873 § 5, sowie Gesetz vom 15. März 1879. Die Verwandlung der Reallast in eine Roggenrente steht beiden Theilen jederzeit offen.

ten, so erfolgt die Ablösung zum $22^2/_9$ fachen Betrage, geht der Antrag vom Verpflichteten aus, zum 25 fachen Betrage der jährlichen Roggenernte, in welche die Last nach den Grundsätzen des Gesetzes vom Jahre 1850 verwandelt wird. Der Verpflichtete kann die Ablösungssumme baar und zwar längstens in vier Jahreszielen abzahlen. Auch für diese Ablösung wurden bis zum 31. December 1883 die Rentenbanken wieder eröffnet. Dieselben leisteten die Abfindungssummen an den Berechtigten nach ihrer Wahl in baar oder in vierprocentigen Rentenbriefen. Dagegen beziehen sie vom Verpflichteten jährlich $4^1/_2$ Procent der von ihnen dergestalt ausgelegten Kapitalsumme. Der hierin liegende Zuschlag bildet den Amortisationsfonds, durch welchen sich die Befreiung des Pflichtigen in $56^1/_{12}$ Jahren vollzieht.

§ 211. Die Gemeinheitstheilung.

„Gemeinheit" ist ein Begriff, welcher sich nach wirthschaftlichen Merkmalen bestimmt und Rechtsverhältnisse verschiedener Art umfaßt. Von einer Gemeinheit spricht man nämlich, wenn ländliche Grundstücke durch Mehrere, insbesondere behufs der Weide oder der Forstnutzung gemeinsam benutzt werden. Es gehören hierher:

1. Weideplätze und Forsten, welche mehreren Nutzungsberechtigten zu eigen sind. Solche Gemeinheiten sind zum Theil Ueberreste des alten Rechtes der Markgenossen an der gemeinen Mark, welches sich an Weide und Forst erhielt, nachdem längst Gärten, Wiesen und Aecker in das Sondereigenthum der Einzelnen getreten waren.[1]

2. Ferner zählen vornehmlich zu den Gemeinheiten: Aecker, Wiesen und Waldungen, an welchen Weide- und Forstservituten bestehen. Weiderechte insbesondere hatten sich dereinst auf deutschem Boden in üppiger Menge gebildet, als die allgemein übliche Dreifelderwirthschaft dazu einlud, die Getreideäcker nach der Ernte und in der Brache gemeinsam zu beweiden, und ebenso der Grasertrag der vielfach nur ein- und zweischurigen Wiesen auf solche Weise nach erfolgter Ernte am besten verwerthbar schien.

Solche Gemeinweiden und Weidegerechtigkeiten, einst nützlich und erwünscht, bildeten in der Neuzeit ein Haupthinderniß, zu intensiverer Bewirthschaftung des Bodens fortzuschreiten, welche seit dem achtzehnten Jahrhundert bei dem Steigen der Bevölkerung immer mehr zur Nothwendigkeit wurden.[2]

---

1) Ansehnliche Weiden sind für niedere ohne Futterbau und Sommerstallfütterung sich behelfende Kulturstufen der Landwirthschaft nothwendig, und ihre gemeinsame Nutzung durch Ersparung an Hirten, Einfriedigungen, Zuchtthieren bei solchen Zuständen wirthschaftlich vortheilhaft. Roscher Nationalökonomie Bd. 2 § 79.

2) Ueber die schädlichen Wirkungen der Gemeinweiden siehe Roscher Nationalökonomie Bd. 2 § 80, über die von Weideservituten Bd. 2 § 86.

Daher hat insbesondere Friedrich der Große die Gemeinheitstheilungen — für welche England ein Vorbild gab — durch Verbreitung von belehrenden Schriften,[3] durch Anweisungen und provincielle Gesetze gefördert.[4] Auch durch das Landrecht und die Gerichtsordnung wurde die Gemeinheitstheilung geregelt.

Durchgreifende Wirkung hatte indessen erst die epochemachende Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821, bei deren Entwerfung unter Anderen Albrecht Thaer, der Begründer rationeller Landwirthschaft in Deutschland, zugezogen wurde. Ein Gesetz vom 2. März 1840 brachte Ergänzung und Erweiterung jener Ordnung.

So heilsam die Wirkungen der Gemeinheitstheilung für die landwirthschaftlichen Verhältnisse waren, so führte zunächst der Uebereifer theilweise zu weit, indem man Vermögen pulverisirte, welches die Bestimmung hatte, den Gemeinden dauernd einen Rückhalt zu bieten.

Hervorzuheben sind folgende Punkte:

1. Welche Gemeinheiten unterliegen der Auftheilung? Die Gemeinheitstheilungsordnung von 1821 beschränkte sich auf Weide- und Forstgemeinschaften und Berechtigungen zum Rasenstich; das Ergänzungsgesetz von 1850 hat diejenigen Torfmoore, welche sich vor Einführung der Gemeinheitstheilungsordnung von 1821 in gemeinschaftlichem Eigenthum befanden, und zahlreiche kulturschädliche Servituten hinzugezogen.

Der Theilung ist natürlich nicht unterworfen das Korporationsvermögen der Städte und Dorfgemeinden, welches diesen juristischen Personen als solchen zugehört und nicht im Miteigenthum ihrer Glieder steht. Aber Zweifel erweckte das sogenannte Gemeindeglieder- oder Bürgervermögen, an welchem die Gemeindeglieder in ihrer Eigenschaft als Einwohner oder Gemeindegenossen Nutzungsrechte hatten.[5] Zunächst zog man überwiegend auch das Gemeindegliedervermögen in die Theilung. Dem trat aber die Deklaration vom 26. Juli 1847 entgegen, welche das Eigenthum dieses Vermögens der Gemeinde als solcher zuschrieb und damit der Gemeinheitstheilung entzog. Dies hat die Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 bekräftigt.

---

3) Es gehört hierher das Schreiben eines Landwirthes an die Bauern wegen Aufhebung der Gemeinheiten, welches der König 1770 vertheilen ließ, um die Landwirthe über Gemeinheitstheilung aufzuklären.

4) Für Preußen, Kurmark u. s. f. wurde eine Gem. Theil. Ordn. am 21. Oktober 1769, für Schlesien am 14. April 1771 erlassen, vgl. Hymmen Beitr. Bd. 1 S. 70. Eine allgemeine Gem. Theil. Ordn. enthielt L. R. I, 17 § 311 ff.

5) Vgl. oben § 54 bei b.

Die Gemeinheitstheilungsordnung sollte nur die historisch überkommenen, überlebten Bildungen der Vergangenheit beseitigen. Daher bezieht sie sich nicht auf solche Gemeingüter, die erst nach ihrem Inkrafttreten entstanden sind.

Das Gesetz über die gemeinsamen Holzungen vom 14. März 1881 hat sodann bezüglich der Holzungen die Gemeinheitstheilung sehr eingeschränkt. Naturaltheilung ist in Folge dieses Gesetzes nur noch ausnahmsweise gestattet, wenn sie wirthschaftlich vortheilhaft ist und landes- oder forstpolizeiliche Interessen nicht entgegenstehen.[6]

2. Wer kann die Theilung herbeiführen? Bei gemeinschaftlichem Eigenthum ist jeder Miteigenthümer, bei Servituten nicht bloß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks, sondern auch jeder Servitutberechtigte antragsberechtigt. Einwilligung der dinglich Berechtigten, insbesondere der Fideikommißanwärter und Hypothekengläubiger ist nicht nothwendig.

Soll jedoch die Theilung der Gemeinheit, was häufig der Fall ist, mit einem Umtausch solcher Grundstücke der Betheiligten verbunden werden, an denen keine Gemeinheit besteht, so bedarf es der Zustimmung der Besitzer von mindestens einem Viertel der von dem Umtausch betroffenen Sondergrundstücke.[9]

3. Unter welchen Voraussetzungen ist zu theilen? Daß eine Gemeinheitstheilung zum Besten der Landeskultur gereiche, ist nicht mehr, wie das Landrecht vorschrieb, besonders nachzuweisen, sondern wird vermuthet. Der Gegenbeweis ist einzig dahin zulässig, daß eine bisher gemeinsame Gefahr der Versandung oder der Beschädigung der Substanz durch Naturkräfte nach der Theilung einzelne Theilnehmer allein träfe.[10]

Das Recht des Antrages auf Gemeinheitstheilung kann weder durch Rechtsgeschäfte, noch durch Verjährung völlig aufgehoben werden, und wird selbst durch ältere entgegenstehende Judikate nicht ausgeschlossen. Doch sind Verträge rechtsverbindlich, welche die Gemeinheitstheilung bis zur zweimaligen Abnutzung aller für die bestehende Fruchtfolge bestimmten Schläge und in Rücksicht anderer Gegenstände höchstens auf 10 Jahre, vom Vertragsabschlusse an gerechnet, ausschließen.[11]

6) Siehe unten § 217.

7) Ueber ihre Rechte an der Abfindung vgl. unten § 214 Ziff. 4. — Pächtern erwächst ein Kündigungsrecht.

8) Vgl. Gem. Theil. Ordn. §§ 16. 18. 19. Ergänzungsgesetz vom 2. März 1850 Art. 9.

9) Verordnung vom 28. Juli 1838.

10) Gem. Theil. Ordn. vom 7. Juni 1821 § 23.

11) Gem. Theil. Ordn. § 26 ff.

4. Nach welchem Maßstabe wird getheilt? Der Umfang des Rechtes der Betheiligten wird in den meisten Fällen kaum mit völliger Sicherheit nachzuweisen sein. Wo derselbe daher nicht durch Urkunden, Judikate oder Statuten bestimmt ist, legt die Gemeinheitstheilungsordnung den Besitzstand zu Grunde. Dies der Art, daß man den Durchschnitt der Benutzung in den letzten zehn Jahren, Unglücksjahre ausgenommen, als maßgebend ansieht. Daneben wird die Höhe des regelmäßigen Besitzstandes von Mitberechtigten derselben Klasse in Betracht gezogen.[12]

5. Die Entschädigung der Berechtigten soll gewöhnlich in Land erfolgen,[13] nur ausnahmsweise durch Kapital oder Geldrente. Die Landentschädigung ist der Art zuzuwenden, daß die zugewiesenen Grundstücke möglichst in einer zusammenhängenden wirthschaftlichen Lage sich befinden.[14] [15]

§ 212. Die Verkoppelung.

Seit der Gemeinheitstheilungsordnung trat die zwangsweise Zusammenlegung — Verkoppelung — vermengt liegender Grundstücke sehr häufig als Folge der Aufhebung einer Gemeinheit ein. Zwar konnte diese Aufhebung nach der Gemeinheitstheilungsordnung auch ohne Verkoppelung der betheiligten Grundstücke erfolgen. Indessen hat sich im Laufe der Zeit das Verfahren in der Weise gestaltet, daß ganz regelmäßig mit der Aufhebung gemeinschaftlicher Berechtigungen in einer Feldmark auch eine zweckmäßige Zusammenlegung der Grundstücke verbunden wurde.

Eine Verkoppelung konnte hingegen früher da nicht eintreten, wo Gemeinsamkeit der Benutzung nicht bestand, gleichwohl aber die vermengte oder anderweitig unzweckmäßige Lage und Eintheilung der Grundstücke deren rationelle Bewirthschaftung erschwerte.[1] Auch in solchen Fällen wurde aber durch Gesetz

12) Näheres Gem. Theil. Ordn. § 32 ff. Hiernach wird unter Anderem die Viehzahl verarmter oder durch Unglücksfälle betroffener Mitglieder bis zu der Zahl erhöht, welche Andere derselben Klasse gewöhnlich gehalten haben. Umgekehrt tritt eine Verminderung für diejenigen ein, welche den Viehstand erweitert haben. Für Hausbesitzer ohne Aecker werden anderthalb Kuhweiden berechnet.

13) Gem. Theil. Ordn. § 66. Vgl. Ergänzungsgesetz Art. 7. 8 statt §§ 73—75 der Gem. Theil. Ordn. Bei Grundstücken, welche durch Naturaltheilung ihren verhältnißmäßigen Werth verlieren würden, tritt Mangels Einigung der Theilhaber öffentlicher gerichtlicher Verkauf ein. Gem. Theil. Ordn. §§ 107. 110.

14) Gem. Theil. Ordn. § 61.

15) Die Auseinandersetzungsbehörde hat für Beibehaltung oder Anlegung von Wegen und Triften zu sorgen. Ueber Entwässerungsgräben, Einhegungen u. s. w., ferner über Dotation der Schullehrerstellen bestehen besondere Vorschriften.

1) Gem. Theil. Ordn. von 1821 § 3. Daher umfaßten im Jahre 1871 allein in den Provinzen Schlesien und Westphalen die vermengt und unwirthschaftlich gelegenen Grundstücke, welche Mangels gemeinsamer Benutzung nicht zusammengelegt werden konnten, gegen 200 Quadratmeilen. In minderem Maße kamen solche Verhältnisse auch in Sachsen, Westpreußen u. s. f. vor.

vom 2. April 1872 ein Zwang verstattet. Derselbe bezieht sich regelmäßig auf eine ganze Feldmark, kann aber auch auf einzelne, durch natürliche Begrenzung oder besondere Bewirthschaftung als Feldabschnitte kenntlich werdende Theile der Feldmark beschränkt werden, wenn dies den Interessen der Landeskultur entspricht. Es dürfen auch Grundstücke einer anderen Feldmark in das Umlegungsverfahren gezogen werden, wenn dieselben in unwirthschaftlicher Weise in die umzulegende Feldmark hineinspringen. Die Feststellung des Umlegungsbezirkes geschieht durch die Auseinandersetzungsbehörde. Erforderlich ist zur Einleitung des Verfahrens:

1. Antrag der Eigenthümer, welchen zusammen mehr als die Hälfte der Fläche der umzulegenden Grundstücke gehört und denen zugleich mehr als die Hälfte ihres Grundsteuerreinertrags zukommt.[2]

2. Beschluß der Kreisversammlung des Kreises.

Grundstücke, welche bereits früher einer Zusammenlegung unterzogen wurden, können gegen den Widerspruch eines einzelnen Eigenthümers dem Auftheilungsverfahren nur unterworfen werden, wenn

a) entweder nach der früheren Zusammenlegung, z. B. durch Anlage von Kanälen, Deichen, Straßen, durch Verlegung oder Durchbrüche von Flüssen erhebliche Veränderungen der Planlage eintraten,

b) oder wenn 30 Jahre seit der Zusammenlegung auf Grund der Gemeinheitstheilungsordnung verflossen sind und die erneuerte Zusammenlegung durch die Eigenthümer von drei Vierteln des Grundbesitzes beantragt wird.

Gewisse Objekte sind ohne Zustimmung ihrer Eigenthümer nicht in die Verkoppelung einzubeziehen, wie sie auch der Umlegung bei der Gemeinheitstheilung nicht unterliegen. Es gehören hierher Häuser, Gärten, zur Gewinnung von Fossilien dienende Grundstücke.[3]

Die Entschädigung erfolgt auch hier regelmäßig in Land. Ueberhaupt gelten im Allgemeinen die oben entwickelten Grundsätze der Gemeinheitstheilungsordnung auch bezüglich der Zusammenlegung nach dem Gesetze vom 2. April 1872.

§ 213. Auseinandersetzungsbehörden, Verfahren.[1]

Zur Ausführung der Agrargesetze bestehen besondere Auseinandersetzungsbehörden. Sie vereinigen verwaltende und richterliche Be-

---

2) Auf die Zahl der Eigenthümer kommt es also nicht an. Es kann daher auch ein einzelner die Auftheilung fordern.

3) Nicht also Fossilien, z. B. Torf, enthaltende Grundstücke, welche noch nicht ausgebeutet werden.

1) Grundlegend für das Verfahren sind die Verordnungen vom 20. Juni 1817 wegen Organisation der Generalkommissionen und vom 30. Juni 1834 wegen des Ge-

fugnisse und regeln nicht bloß die Art und Weise der Auseinandersetzung und deren Ausführung, sondern entscheiden auch als besondere Gerichte, unter Zulassung des Reichsrechtes über die rechtlichen Vorfragen der Auseinandersetzung, insbesondere über Bestehen und Maß der Rechte der Betheiligten, nach welchem sich deren Abfindungen bestimmen.[2]

Die wichtigsten dieser Behörden bilden die Generalkommissionen.[3] An sie sind die Anträge auf Inangriffnahme des Verfahrens — die Provokationen — zu richten.[4] Sie ernennen, zum Betrieb des Geschäftes an Ort und Stelle, Specialkommissarien, welche die Parteien vernehmen, ihre Anträge entgegennehmen, das Sach- und Rechtsverhältniß aufklären, Streitpunkte erörtern und zur Entscheidung vorbereiten,[5] unter Zuziehung von Vermessungsbeamten die Auseinandersetzungspläne und Recesse entwerfen, den Betheiligten vorlegen, auch an Ort und Stelle erklären, und über etwaige Widersprüche verhandeln. Die von ihnen aufgenommenen, mit der Erledigung ihres Auftrages zusammenhängenden Rechtsgeschäfte stehen gerichtlich errichteten gleich. Die Generalkommissionen selbst haben außer

---

schäftsbetriebes; ferner beziehen sich auf dasselbe Gesetze vom 7. Juni 1821 und vom 22. November 1844. Das Gesetz vom 18. Februar 1880 betr. das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten hat die R. C. P. O., jedoch unter wesentlichen und grundsätzlichen Abänderungen zum subsidiären Prozeßgesetz für die Auseinandersetzungen erhoben, vgl. Glatzel und Sterneberg das Auseinandersetzungsverfahren 1880, sowie Glatzel a. a. O. bei Stengel Bd. 1 S. 90.

2) Verordnung vom 30. Juni 1834 § 7. Die Generalkommissionen befinden daher unter Anderem über Eigenthum und Besitz der Betheiligten, sind zuständig zur Entscheidung von Grenzstreitigkeiten, soweit dies zur Feststellung des Gegenstandes der Auseinandersetzung dient, befinden ferner über Reallasten und deren Rückstände, sowie über Servituten, welche zur Auseinandersetzung gehören. Vgl. Näheres bei Glatzel u. Sterneberg a. a. O. S. 23.

3) Die Generalkommissionen, durch die Verordnung vom 20. Juni 1817 vorzugsweise für die Regulirungen — oben § 209 — bestimmt, sind zuständig für Ablösung von Reallasten und Servituten, Gemeinheitstheilungen, Zusammenlegung von Grundstücken, für die Ausstellung s. g. Unschädlichkeitsatteste s. unten § 244 Anm. 13. Das Gesetz vom 7. Juli 1891 betr. die Beförderung von Rentengütern hat ihnen deren Förderung zugewiesen. Selbst solche Gegenstände, welche nicht in nothwendigem Zusammenhang mit der Auseinandersetzung stehen, aber zu deren besserer Durchführung dienen, können unter Zustimmung eines Viertels der Theilnehmer, nach dem Werthe ihrer Antheile gerechnet, in das Auseinandersetzungsverfahren einbezogen werden.

4) Die Betheiligten können sich auch privatim auseinandersetzen. Es bestehen nach der Verordnung vom 30. Juni 1834 § 2 von den Kreisständen gewählte Kreisvermittlungskommissionen behufs gütlicher Einigung über die bezüglichen Angelegenheiten, an welche sich jeder Provokant wenden, deren Einwirkung aber der andere Theil ablehnen kann. Getroffene Abkommen bedürfen der Bestätigung der Generalkommission; dagegen ist solche — abgesehen von Recessen, bei welchen die Vermittelung der Rentenbank einzutreten hat — nicht erfordert bei gütlichen Abkommen der Regierungen und Provinzialschulkollegien bezüglich der ihnen unterstellten Güterverwaltungen.

5) Die Specialkommissarien sind zu vorläufigen Verfügungen über Besitz, Verwaltung und Nutzung der zur Auseinandersetzung gehörigen Gegenstände befugt. V. vom 30. Juni 1834 § 36, vom 22. November 1844 § 5. Gesetz vom 18. Februar 1880 § 77.

Leitung der Thätigkeit der Specialkommissare als Prozeßgerichte erster Instanz die Entscheidung über die erhobenen Streitigkeiten, wie auch die Anordnung von Arresten und einstweiligen Verfügungen; ferner liegt ihnen die Prüfung und Bestätigung der Auseinandersetzungsrecesse und die Sorge für deren Ausführung ob.[6] Spruchbehörde zweiter Instanz für Berufungen und Beschwerden gegen Entscheidungen der Generalkommissionen ist das Oberlandeskulturgericht.[7]

Das Verfahren bei den Auseinandersetzungsbehörden geht zunächst auf gütliche Vermittelung unter den Parteien oder doch auf außerprozessualische Regelung. Aber auch wenn in Folge des Widerspruchs eines Betheiligten das Streitverfahren eintritt, beruht es auf der Officialthätigkeit der Behörden; der Prozeßbetrieb liegt in ihrer Hand; sie haben präjudicielle Punkte ohne Antrag zur Verhandlung zu ziehen und die Wahrheit unabhängig von den Angaben der Parteien durch alle zulässigen Mittel zu erforschen. Das Verfahren ist ein schriftliches. Die R. C. P. O. ist soweit als maßgebend erklärt, als sich ihre Bestimmungen mit diesen Grundsätzen vertragen.[8]

In dritter Instanz entscheidet das Reichsgericht als Revisions- bezw. Beschwerdegericht bezüglich solcher Rechtsverhältnisse, welche vor den ordentlichen Gerichten hätten verhandelt werden können, wenn deren Entscheidung nicht durch die Specialgesetzgebung vor die Auseinandersetzungsbehörden verwiesen wäre.[9] Die Weise des Verfahrens ist hier die des ordentlichen Prozesses.

Die Auseinandersetzungsbehörden haben in den bei ihnen anhängigen Sachen die Rechte der Realberechtigten, desgleichen die fiskalischen Interessen von Amtswegen wahrzunehmen.[10] Das den Provinzialbehörden besonders zustehende Aufsichtsrecht über das Vermögen juristischer Personen ist ihnen, jedoch mit einigen Einschränkungen, überwiesen.

Was die Legitimation der Parteien betrifft, so gilt der besondere Satz, daß der Ehemann seine Ehefrau hinsichtlich des gemeinschaftlichen, wie auch des in seinem Nießbrauch stehenden Vermögens ohne

---

6) Gesetz vom 18. Februar 1880 §§ 2. 94.

7) Gesetz vom 18. Februar 1880 § 2. Früher führte das Oberlandeskulturgericht den Titel Revisionskollegium. Ursprünglich für jede Provinz besonders errichtet, wurde es ein einheitliches Gericht für die Monarchie durch Verordnung vom 22. November 1844 § 7.

8) Die Auseinandersetzungsbehörden stehen unter dem Minister für Landwirthschaft, das Oberlandeskulturgericht jedoch unter dem Justiz- und dem Landwirthschaftsminister.

9) Kaiserliche Verordnung vom 26. September 1879, K. O. vom 15. März 1834 wegen Anwendbarkeit der Kab. Ordre vom 14. Dec. 1833. In Streitigkeiten, welche Fragen der Auseinandersetzungsgesetzgebung betreffen, entscheidet das Oberlandes-Kulturgericht endgültig.

10) V. vom 30. Juni 1834 §§ 10. 11. Glatzel a. a. O. Bd. 1 S. 94.

Vollmacht, ja gegen ihren Widerspruch vertritt.[11] Die Generalkommission hat ein öffentliches Aufgebot zu erlassen, wenn das Vorhandensein unbekannter Betheiligter anzunehmen, insbesondere die Legitimation der Theilnehmer zweifelhaft ist. Die Festsetzung der Legitimation der Eigenthümer sollte ursprünglich ausschließlich durch Vorlegung eines Hypothekenscheines geschehen, was mit dem früher geltenden Zwange zur Eigenthümereintragung in Verbindung steht.[12] Später erachtete man aber die Legitimation eines sich meldenden, im Hypothekenbuche nicht verzeichneten Besitzers dadurch geführt, daß er seinen Eigenthumsbesitz durch ein Zeugniß der Gemeindebehörde oder eine Erwerbsurkunde bescheinigt, wenn seine Legitimation von den übrigen Theilnehmern der Auseinandersetzung nicht bestritten wird und öffentliches Aufgebot unbekannter Betheiligten erfolgt ist. Wer sich nach Ablauf des Termines, welchen das Aufgebot feststellte, bis zur Receßvollziehung meldet und legitimirt, muß Alles gegen sich gelten lassen, was bis zu seiner Meldung gegen den Inhaber des Grundstückes festgestellt wurde.[13]

§ 214. Der Receß und seine Ausführung.

Die Auseinandersetzung — in Fällen der Ablösung von Reallasten wie der Gemeinheitstheilung und Verkoppelung — wird beendigt durch den das Verfahren abschließenden Receß, welcher das Ergebniß der Auseinandersetzung vollständig zu enthalten hat.

1. Nach Feststellung der wesentlichen Vorfragen der Auseinandersetzung durch Vergleich der Betheiligten oder Erkenntniß[1] wird der Entwurf des Recesses vom Specialkommissar abgefaßt, Seitens der Generalkommission in Absicht seiner Bestimmtheit, Deutlichkeit und Aktenmäßigkeit geprüft und festgestellt, und den Betheiligten zur Unterschrift vorgelegt. Weigert sich ein Betheiligter der Unterschrift, so wird dieselbe, falls seine Einwendungen unerheb-

---

11) V. vom 30. Juni 1834 § 22, dies vorausgesetzt, daß die Ehefrau nicht unter Vormundschaft steht.

12) Verordnung vom 20. Juni 1817 § 91.

13) Besonders Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 109. Der Grundbuchrichter darf die Eintragung der von den Auseinandersetzungsbehörden bestätigten Recesse nicht versagen, auch wenn der Receß mit einem anderen als dem eingetragenen Besitzer abgeschlossen, bei der Bestätigung aber von der Auseinandersetzungsbehörde bescheinigt ist, daß die Legitimation der noch nicht titulirten Besitzer in obiger Weise ergänzt sei. Die praktische Geltung dieser Bestimmung trotz der neuen Grundbuchverfassung ist nicht zu bezweifeln. So auch Evers bei Gruchot Bd. 21 S. 764 ff.

1) Sind einzelne Punkte noch streitig, welche nur zu Geldentschädigung führen können, oder für welche, unbeschadet der Vertheilung im Ganzen, eine Naturalabfindung ausgesetzt werden kann, so ist der Receß unter Vorbehalt dieser Punkte zu entwerfen. V. vom 20. Juni 1817 § 158.

lich sind, durch Erkenntniß ergänzt. Seine Vollendung erhält der Receß durch die Bestätigung Seitens der Generalkommission.[2]

2. Soweit dem Receß die Zustimmung der Parteien zu Grunde liegt, hat er die Natur eines vor Gericht geschlossenen Vergleiches,[3] soweit dieselbe durch Erkenntniß ergänzt ist, die eines rechtskräftigen Urtheils. In Folge dessen ist er in allen seinen Theilen vollstreckbar.[4] Diese Vollstreckbarkeit besteht auch gegenüber späteren Erwerbern, selbst wenn diese erst nach Vollziehung des Recesses von den im Grundbuche eingetragenen Eigenthümern erworben haben.[5] Mit der Bestätigung des Recesses erwerben die Personen, welchen der Receß die Planstücke zuweist, unmittelbar deren Eigenthum, ohne daß es einer Besitzübergabe oder Eintragung in das Grundbuch bedarf.[6]

3. Der Receß gilt als vollständige Erledigung aller zu der fraglichen Auseinandersetzung gehörigen Verhältnisse. Nachforderungen wegen angeblich übergangener Rechte sind daher regelmäßig unzulässig. Doch ist binnen Jahresfrist nach Ausführung des Recesses eine Nachverhandlung bei der Auseinandersetzungsbehörde wegen bestimmter im Gesetze vorgesehener Angelegenheiten, insbesondere in Bezug auf Wege, Triften, Bewässerungs- und Entwässerungsgräben, zulässig.[7] Die Rechte Dritter werden durch die Auseinandersetzung nur berührt,[8] wenn sie nach dem Gesetze als durch die Betheiligten oder die Auseinandersetzungsbehörde mit vertreten gelten, oder wenn sie sich trotz öffentlichen Aufgebotes bis zur Receßvollziehung nicht meldeten.[9]

---

2) Die Regierungen und die Provinzialschulkollegien haben das Recht zur Bestätigung der vergleichsweise auf Grund eigener Verhandlungen abgeschlossenen Recesse bezüglich der ihnen unterstehenden Güterverwaltungen. V. vom 30. Juni 1834 § 39. — Privatabkommen über Auseinandersetzungen bedürfen der Bestätigung der Generalkommissionen. Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 254 ff.

3) Verordnung vom 20. Juni 1817 § 169. K. O. vom 18. Dec. 1841.

4) Vgl. oben § 82 Anm. 9, siehe jedoch auch Wilmowski und Levy zur C. P. O. § 702 Ziff. 1.

5) Vgl. R. G. Bd. 22 S. 363.

6) So das Obertribunal auf Grund des § 160 ff. der V. vom 20. Juni 1817. Striethorst Archiv Bd. 39 S. 220. Entsch. Bd. 74 S. 222. Wird einem Betheiligten sein bisheriges Grundstück räumlich unverändert überwiesen, so gilt es gleichfalls als unmittelbar durch die Zuweisung erworben.

7) Verordn. vom 20. Juni 1817 §§ 170. 171. Ueber die Frist siehe Glatzel und Sterneberg a. a. O. S. 32.

8) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 7 S. 228.

9) Verordnung vom 30. Juni 1834 § 25, Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 109 unter c.

4. Die Ausführung des Recesses liegt den Auseinandersetzungsbehörden ob, und zwar nach der gesetzlichen Regel erst nach der Rechtskraft des Recesses. Zulässig ist jedoch auf Grund eines Ausnahmegesetzes die Ausführung des festgesetzten Auseinandersetzungsplans, schon ehe derselbe durch die Bestätigung in Rechtskraft übergeht.[10] Dies ist thatsächlich zur Regel geworden. Der Besitznehmer erhält in Folge dessen Eigenthum an den Abfindungsstücken unter der Bedingung der Aufrechterhaltung des bezüglichen Theiles des Planes. Dasselbe ist im Falle eines Antrages der Betheiligten auf Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörden im Grundbuche einzutragen,[11] vorbehaltlich eines Vermerkes, daß die Berichtigung des Grundbuchs vor Bestätigung des Recesses auf Grund des Planüberweisungsattestes erfolgt ist.[12]

Ist der Receß rechtskräftig geworden, so haben die Auseinandersetzungsbehörden die Eintragung der aus demselben folgenden dinglichen Veränderungen von Amtswegen beim Grundbuchrichter nach Maßgabe des Gesetzes zu veranlassen.[13]

Nichtabgefundene Realberechtigte erhalten an den Abfindungsstücken die Rechte, welche ihnen an den in die Theilung eingeworfenen Grundstücken zustanden. Wurde für mehrere von demselben Besitzer eingeworfene Objekte eine Gesammtabfindung in Einer Planlage gewährt, so ist ziffernmäßig zu vermerken und darnach im Grundbuch einzutragen, in welchem Verhältniß jedes einzelne eingeworfene

---

10) Ueber die frühere Ausführung des Recesses vgl. Verordnung vom 22. Nov. 1844 § 6, wodurch ältere Bestimmungen aufgehoben wurden.

11) Dieses Ersuchen ist nicht bloß auf die Eintragurg der neuen Abfindungsstücke im Grundbuche, sondern zugleich auf Eintragung der nach dem Planüberweisungsatteste gemäß der Auseinandersetzungsakten legitimirten Eigenthümer zu richten, Entsch. d. Kamm. Ger. Bd. 9 S. 115.

12) Gesetz vom 26. Juni 1875. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 218 ff. Das Grundbuchblatt des eingeworfenen Grundstückes repräsentirt, so lange dasselbe noch nicht auf Grund der Auseinandersetzung umgeschrieben ist, das neu zugetheilte. Daher ist auch während des Schwebens des Verfahrens dem eingetragenen Eigenthümer Auflassung und Verpfändung fortdauernd möglich. Diese Akte gelten, trotzdem sie sich dem Wortlaute nach auf das alte Grundstück beziehen, für das Ersatzgrundstück. Anders das R. G. Bd. 2 S. 323. Vgl. aber R. G. im J. M. Bl. 1884 S. 71.

13) Aus den von den Auseinandersetzungsbehörden bestätigten Recessen sind nach der Novelle vom 24. Mai 1853 § 1, und nunmehr nach G. B. O. § 77 nur folgende dingliche Veränderungen aufzunehmen: 1. Alle Aenderungen, welche ein im Hypothekenbuche besonders vermerktes Verhältniß aufheben oder umgestalten. 2. Abgesehen hiervon ist bei dem berechtigten Grundstück der Eintritt eines Surrogates für ein aufgehobenes Recht nur dann zu vermerken, wenn dasselbe in einer Kapitalabfindung besteht, da deren Auszahlung den Gutswerth mindert. 3. Bei dem verpflichteten Gute ist jede neue Belastung einzuschreiben. — Sind auf Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörde Eintragungen über diese Grenze hinaus erfolgt, so kann der Eigenthümer unter Vermittelung der Auseinandersetzungsbehörde deren kostenfreie Löschung beantragen. G. B. O. § 101.

Grundstück sein Surrogat in derselben findet — s. g. ideelle Subrepartition; hierbei betheiligte Realberechtigte sind jedoch befugt, bei der Auseinandersetzung eine reelle Subrepartition zu fordern, d. h. die Ausscheidung eines reellen Theiles der Gesammtabfindung, welcher dem Werthe des ihnen früher verhafteten Objektes entspricht.[14]

Besondere Aufgaben hat die Auseinandersetzungsbehörde, wenn Kapitalabfindung[15] anstatt der Theile oder Zubehörungen eines Grundstückes gewährt wird, an welchem Realrechte, insbesondere Hypotheken bestehen. Benutzt der Gutsbesitzer diese Abfindung zu Verwendungen auf das Gut nach Ermessen der Auseinandersetzungsbehörden oder zur Abstoßung prioritätisch eingetragener Forderungen, so haben die Realberechtigten keine weiteren Ansprüche, da ihnen diese Verbesserungen gleichfalls zu Gute kommen. Kann oder will aber der Gutsbesitzer dergleichen nicht vornehmen, so hat die Auseinandersetzungsbehörde den eingetragenen Gläubigern und sonstigen eingetragenen Forderungsberechtigten Kenntniß von der Festsetzung der Kapitalabfindung zu geben und damit die Aufforderung zu verbinden, ihre Rechte auf das ihnen verhaftete Theil- oder Zubehörstück, sowie auf die Abfindungssumme binnen sechswöchentlicher Frist bei der auffordernden Behörde anzumelden, widrigenfalls ihre Rechte erlöschen und der Gutsbesitzer freie Verfügung über die Kapitalien erhält.[16]

Anfechtung des Recesses wegen Irrthums, sowie wegen fehlender Legitimation einer Receßpartei ist wie bei anderen vor Gericht geschlossenen Vergleichen zuläſſig.[17] Soweit aber der Receß auf gerichtlichem Urtheil be-

14) Die Auseinandersetzungsbehörden sind für das Zwangsvollstreckungsverfahren und die aus demselben sich ergebenden Rechtsstreitigkeiten auch nach der Bestätigung des Recesses zuständig, Ges. vom 18. Febr. 1880 § 93, dies ohne zeitliche Beschränkung. Die Beitreibung einer Geldforderung, welche zur Ausführung der Auseinandersetzung oder zur Ausgleichung festgestellt ist, erfolgt durch die Generalkommission im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens, ebenso der Zwang zur Herausgabe von Sachen, auch unbeweglicher, auf Grund eines Vollstreckungsauftrags und unter Leitung der Generalkommission. Cit. Gesetz §§ 86. 87. Der in der R. C. P. O. dem obsiegenden Gläubiger überlassene Betrieb der Zwangsvollstreckung geschieht also hier überwiegend durch die Behörde mit oder ohne Antrag der Betheiligten.

15) Verordnung vom 7. Juni 1820 § 150. Ueber Gewährung einer Rente § 251 daselbst.

16) Vgl. L. R. I, 20 §§ 460—465. Gem. Theil. Ordn. von 1821 § 150 ff., Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §§ 110. 111. Ist der eingetragene Gläubiger todt oder seinem Aufenthalte nach unbekannt oder nicht mehr Besitzer der Forderung, so erfolgen nach § 111 des Ablösungsgesetzes öffentliche Aufforderungen an die unbekannten Berechtigten.

17) Entsch. des O. Trib. Bd. 36 S. 96, R. G. bei Gruchot Bd. 22 S. 361. Dies gilt unter Anderem wegen Rechnungsfehler, ferner wegen Fehler in Bezeichnung der zugewiesenen Grundstücke. Bloße Abweichungen von den Vorverhandlungen genügen zum Beweise des Irrthums noch nicht; doch können die Vorverhandlungen unter Umständen zur Erläuterung und Richtigstellung der Angaben des Recesses dienen. Ueber

ruht, ist nur die Wiederaufnahme des Verfahrens durch Nichtigkeits- und Restitutionsklage nach den allgemeinen Grundsätzen der R. C. P. O. zulässig.[18]

---

diese Anfechtung, sowie wegen Streitigkeiten über die Auslegung des Recesses haben die ordentlichen Gerichte zu befinden. R. G. Bd. 22 S. 363.

18) R. C. P. O. § 541. Hierüber entscheiden die Gerichte, welche das frühere Urtheil erließen, R. C. P. O. § 547, Gesetz vom 18. Februar 1880 § 82, R. G. Bd. 22 S. 363.

Zweiter Abschnitt.

Das Eigenthumsrecht.

I. Der Gegenstand.

§ 215. Begrenzung und Umfang der Sache.

Das Eigenthum fordert räumliche Begrenzung.

1. Bewegliche Sachen ergreift es regelmäßig als ein Ganzes. Dies ist nothwendig, wenn die Sache wirthschaftlich eine Einheit bildet, z. B. ein Reitpferd, ein Kunstmöbel, wo besonderes Eigenthum an körperlichen Theilen undenkbar erscheint. Dagegen ist bei reell theilbaren Sachen besonderes Eigenthum an deren Theilen auch vor Verwirklichung der Trennung möglich, wenn auch nicht gewöhnlich, z. B. an einer angezeichneten, aber noch nicht getrennten Anzahl von Ellen eines größeren Stückes Zeug oder an dem Rade, welches mit dem Wagen eines Anderen verbunden ist, oder an einem Juwel, welches in einen Schmuck gefaßt ist.[1] Das Eigenthum an Grundstücken erhält — da die Erdoberfläche eine zusammenhängende Fläche bildet — seine Begrenzung erst durch menschliche Bestimmung. Diese Begrenzung ist daher auch beständiger Veränderung unterworfen, welche sich durch Trennung und Vereinigung vollzieht, natürlich stets unbeschadet bereits erworbener Rechte Dritter.[2] [3]

---

1) Die römischen Juristen besprechen die Frage nur in Bezug auf zusammengesetzte Sachen und zwar für den Fall, daß die einem Anderen gehörige Sache Theil der unseren wird, z. B. bei Einfügung eines fremden Steines in unseren Ring. Die Frage des Fortbestandes des bisherigen Eigenthums scheint streitig gewesen zu sein. Der Jurist Paulus, von der Ansicht ausgehend, daß eine und dieselbe bewegliche Sache nur Einem gehören könne, verneint den Fortbestand des Eigenthums an der einverleibten Sache, l. 23 § 5 D. de R. V. 7, 1. l. 6 D. ad exhibendum 10, 4. — Andere Juristen scheinen hingegen das Fortbestehen des Sondereigenthums trotz der Verbindung anzunehmen l. 5 § 1 D. de R. V. 6, 1. l. 12 § 1 D. d. a. r. d. 41, 1. — l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3; dies ist heutigen Rechtsansichten entsprechend, daher auch preußisches Recht; vgl. noch unten § 235 Anm. 9.

2) Bedeutungslos ist derzeit L. R. I, 8 § 76 „Ohne Erlaubniß der Obrigkeit dürfen Baustellen, die bisher besondere Nummern hatten, nicht in Eins gezogen werden.“ Sind die baupolizeilichen Erfordernisse im Uebrigen vorhanden, so steht der Umstand, daß die Baustelle zwei besondere Nummern — Straßennummern? — hat, einem Bau nicht entgegen. An den einzelnen Grundstücken dinglich Berechtigte können allerdings nach E. E. Ges. § 50 gerichtliche Maßnahmen gegen die gemeinsame Be-

2. Das Eigenthumsrecht am Grundstücke ergreift nicht nur dessen Oberfläche, sondern auch den Luftraum über dessen Fläche[4] sowie das Unterirdische innerhalb dessen Grenzen.[5]

3. Das Eigenthum am Grundstück erstreckt sich ferner auf Alles, was mit der Oberfläche in Verbindung steht, insbesondere also auf Pflanzungen und festverbundene Gebäude. Jedoch ist diese Erstreckung nicht wie bei den Römern Rechtsnothwendigkeit,[6] sondern tritt nur der Vermuthung nach ein, so daß gesondertes Eigenthum eines Dritten an mit dem Grundstück verbundenen Sachen möglich bleibt.[7] Daher hat insbesondere der Superficiar, ferner der Pächter Sondereigenthum an den von ihm auf dem Pachtgute für seine Zwecke errichteten Gebäuden.[8] [9]

4. Das Recht der Nutzung des Bürgersteigs, d. h. des zwischen der Grundstücksgrenze und dem Straßendamm belegenen, zur öffentlichen Straße gehörenden Fußweges gilt als Zubehör der an die Straße einer Stadt stoßenden Häuser und Baugrundstücke.[10] [11] [12] Das Nutzungsrecht reicht aber

---

bauung betreiben, falls ihren Rechten hierdurch Verdunkelung oder andere erhebliche Schädigung droht. In diesem Sinn hat L. R. I, 8 § 76 noch Richtigkeit. Vgl. auch unten § 218 Anm. 4.

3) Ein Brunnen oder Pumpenplatz kann Gegenstand besonderen Eigenthums, also auch eines Grundbuchblattes, besonderer Auflassung und Zwangsversteigerung bilden. Er kann aber auch bloßes Zubehör eines Grundstücks oder auch mehrerer Grundstücke, namentlich der Nachbargrundstücke, auf deren Grenzen er liegt, sein.

4) Das L. R. spricht dies nicht allgemein, sondern nur in einzelnen Anwendungen aus; vgl. insbesondere L. R. I, 8 §§ 80, 123, siehe auch Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 214. Ist aber das ausschließliche Recht des Grundeigenthümers über den Luftraum unbegrenzt? Man wird den Satz doch cum grano salis zu verstehen haben. Telephon- und Telegraphendrähte über seinem Grundstück hat der Grundeigenthümer nicht zu dulden, wenn sie ihn schädigen, stören, belästigen können. Sind solche Drähte in einer Gebirgsgegend so hoch über seinem Grundstück gespannt, daß sie diesem völlig unschädlich sind, so wird man Gleiches kaum annehmen.

5) Auch dies wird nicht allgemein im L. R. ausgesprochen, tritt vielmehr nur in besonderer Anwendung in L. R. I, 8 § 132 hervor. Hier bildet ebenfalls das Interesse des Grundeigenthümers die Grenze für die ausschließliche Herrschaft.

6) Dernburg Pand. Bd. 1 § 74 Anm. 1.

7) R. G. Bd. 1 S. 180. — Vgl. auch unten § 219 bei Anm. 2.

8) Um deswillen erklärt das E. E. Ges. vom 5. Mai 1872 § 30 ausdrücklich nur als mit dem Grundstück verpfändet „die auf dem Grundstücke befindlichen oder nachträglich errichteten, dem Eigenthümer gehörigen Gebäude“, unten § 329 zu 2. Vgl. auch L. R. I, 9 § 98, I, 22 §§ 199. 200. 243, unten § 304 Anm. 4. Ein Blatt im Grundbuche können freilich derartige Gebäude des Pächters nicht gewinnen. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 952. Anders die Superficies unten § 289 bei Anm. 10.

9) Siehe auch unten § 234 bezüglich der Pflanzungen.

10) L. R. I, 8 § 81. R. G. Bd. 7 S. 213. Der Anlieger kann als Nutzungsberechtigter gegen den Dritten konfessorisch klagen, welcher den Bürgersteig zu seinen besonderen Zwecken, z. B. einem Verkaufsstandorte, benutzen will.

11) Das Recht auf den Bürgersteig — das sogenannte Traufrecht — stammt aus weitverbreiteter Uebung deutscher Städte. Hommel obs. 301 und insbesondere Weiske Abhandlung praktischer Rechtsmaterien, Leipzig 1829, S. 89, betrachten den Hauseigenthümer geradezu als Eigenthümer des Raumes. Gegen diese Auffassung jedoch

nur soweit, als es mit dem Gemeingebrauch des Publikums verträglich ist.[13 14]

5. Zwischen den Grundstücken finden sich nicht selten Anlagen oder Flächen, welche sie scheiden und die Grenze bezeichnen oder schützen sollen. Es gehören hierher Raine oder s. g. Pflugrechte, d. h. zwischen den Feldern befindliche, noch jetzt oder ursprünglich zum Wenden des Pfluges benutzte schmale, brachliegende Flächen, ferner Grenzgräben, sowie durch Waldungen gehauene Grenzgestelle; nicht weniger Winkel, d. h. unbedeutende Zwischenräume zwischen Gebäuden, welche insbesondere der Traufe dienen, endlich auch Grenzmauern.

Solche Grenzanlagen können gemeinsam sein; dann erachtet das Landrecht zwar als „die eigentliche Grenzlinie" die Mitte;[15] sie unterliegen aber gemeinschaftlicher Nutzung, sind, soweit erforderlich, auf gemeinsame Kosten zu unterhalten und dürfen, da sie einem dauernden, vom Belieben der einzelnen Inhaber unabhängigen Zwecke dienen sollen, nur unter Zustimmung aller Betheiligten beseitigt werden.[16] Die Grenzanlagen können aber auch ausschließlich einem der Anlieger gehören und in dessen ausschließlichem Nutzungsrechte stehen. Im Einzelfall hat der Richter den Rechtszustand, wenn, wie meist der Fall, sichere Kunde fehlt, nach gesetzlichen Vermuthungen aus der Beschaffenheit der Anlagen zu erschließen, in denen sich ihre Bestimmung dauernd ausspricht.[17] Dahin gehört, daß Raine im

---

Hesse Nachbarrecht S. 501 ff., auch Entsch. des O. Trib. Bd. 49 S. 92. Es läßt sich nur ein Nutzungsrecht nachweisen. Vgl. auch Bobrick über die rechtliche Natur des Bürgersteigs in seiner Zeitschrift Bd. 1 S. 188.

12) L. R. I, 8 § 78 ff. Ueber den zu verstattenden Umfang des gemeinen Gebrauches und die Errichtung, sowie die Ausbesserung von Bauanlagen auf dem Bürgersteig entscheidet die Polizeibehörde.

13) Wird zur Herstellung eines Bürgersteiges die Einziehung von Anlagen nothwendig, welche sich im privaten Eigenthume des Straßenanliegers oder eines Dritten befinden, z. B. Beseitigung einer Freitreppe, einer Düngergrube, eines Kellerhalses, einer Bude, so ist für solche Enteignung Entschädigung zu leisten. Hieran ändert nichts, wenn die Einziehung auf Grund ortsstatutarischer Bestimmung erfolgt ist. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 722. Ob hiermit Entsch. des O. Trib. Bd. 67 S. 54 vollständig übereinstimmt, ist bezweifeln.

14) Das O. Trib. Bd. 62 S. 36 schrieb den Worten von L. R. I, 8 § 81 „soweit er das Steinpflaster zu erhalten hat", räumliche Bedeutung zu und folgerte hieraus die allgemeine gesetzliche Pflicht der Anlieger zur Unterhaltung des Bürgersteigs. Das O. V. G. Entsch. Bd. 10 S. 203 und das M. R. vom 2. Mai 1885 (M. Bl. des Innern S. 103) verwerfen dies und nehmen eine gesetzliche Pflicht solcher Art nur an, soweit sie nach Ortsrecht — z. B. in Berlin O. V. G. Entsch. Bd. 6 S. 212 — besteht. Polizeiverordnungen können sie den Anliegern der Straße nicht auflegen, weil die Erhaltung der Straße gesetzlich — soweit kein entgegengesetztes Ortsrecht besteht — dem Eigenthümer der Straße, also gewöhnlich der Stadt obliegt. Kein Bürgersteig ist der an einem Kanal in der Stadt hinlaufende Fußweg nach Entsch. des O. Trib. Bd. 62 S. 373.

15) L. R. I, 17 § 366.

16) L. R. I, 8 § 119, unten § 224 Anm. 1.

Zweifel als gemeinschaftliches Eigenthum gelten.[18 19] Das ist aber nicht zu beziehen auf den s. g. hohen Rain, d. h. den zwischen einem höher und einem tiefer liegenden Grundstück befindlichen, beide trennenden Abhang, welcher vielmehr in der Regel zu dem obenliegenden Grundstück gehört. Ferner gelten Winkel im Zweifel als gemeinsam, wenn sie die Traufe von beiden Seiten aufnehmen, wie auch wenn sie einer regelmäßigen Benutzung von beiden Nachbarhäusern unterliegen. Dagegen wird Zugehörigkeit des Winkels zu bloß einem Hause vermuthet, wenn von ihm aus der Winkel, sei es mittels Fallenlassens der Traufe, sei es behufs Aufwindens der Lasten oder auch durch offene nicht vergitterte Fenster ausschließlich benutzt wird.[20 21]

Grenzmauern gelten als im Alleineigenthum desjenigen Nachbars, auf dessen Seite sich allein Vertiefungen finden, oder falls dieses Zeichen fehlt, wenn nach dessen Seite die Platten ausschließlich überragen; sonst gelten sie als gemeinschaftlich.[22 23] Bei gemeinschaftlichen Mauern hat jeder Theil nur das Benutzungsrecht seiner körperlichen Hälfte, nicht wie bei den — oben besprochenen — Grenzflächen Recht zur Benutzung des Ganzen.[24] Ebenso verhält es sich mit den Bäumen, deren Stamm auf der Grenze steht.[25]

---

17) R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 410.

18) L. R. I, 8 § 118. Das Gleiche nehmen gemeinrechtliche Schriftsteller an: Hofacker princ. iur. II, § 908, Holzschuher Bd. 2 § 99, Fr. 8. Die Pflugrechte können von den Anliegern in ihrer ganzen Breite zum Wenden des Pfluges benutzt werden, die Grasnutzung ist gemeinsam. Keiner der Anlieger darf aber Theile des Raines abackern. R. St. G. § 370 Ziff. 1.

19) Was von Rainen bestimmt ist, kann keineswegs schlechthin auf Privatwege angewendet werden, so daß diese ohne weiteres als den Anliegern gemeinsam anzusehen wären, denn die Bestimmung L. R. I, 8 § 118 rechtfertigt sich aus den besonderen thatsächlichen Verhältnissen. Bei Wegen muß vielmehr Eigenthumsrecht nachweisen, wer eine Aenderung des Besitzstandes beansprucht. Anderer Ansicht das Obertribunal in Ulrichs Archiv Bd. 10 S. 55, Heydemann Bd. 1 S. 429, vgl. dagegen Sommer in Ulrichs Archiv a. a. O. S. 53. Siehe auch Koch zu § 118, ebenda ferner über Privatflüsse und Bäche als Grenze.

20) L. R. I, 8 §§ 120. 121. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 317. Nicht richtig ist, daß höchstens ein Zwischenraum von 3 Fuß als Winkel zu behandeln sei.

21) Bildet ein Graben die Grenze, so hat derjenige, auf dessen Boden sich der Aufwurf befindet, die Vermuthung des Eigenthums des Grabens, L. R. I, 8 § 188, weil er den Graben in diesem Falle der Regel nach allein errichtet hat. Hommel obs. 301. Sprichwort: wem der Hagen, dem der Graben.

22) L. R. I, 8 §§ 159—161. Analog ist auch bei Grenzmauern aneinanderstoßender Gebäude im Zweifel Gemeinsamkeit anzunehmen. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 38, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 410. Weiteres, namentlich über Planken, Zäune u. s. f. L. R. I, 8 § 157 ff.

23) Auf die gesetzlichen Vermuthungen kann man sich nicht bloß gegenüber dem Besitzer des Nachbargrundstückes, sondern auch jedem Dritten gegenüber stützen. R. G. Bd. 8 S. 198.

24) Was die Rechtsverhältnisse einer gemeinsamen Mauer anlangt, so wird L. R. I, 8 § 135 bestimmt, daß jeder Nachbar an seiner Seite die Mauer bis zur Hälfte der Dicke zu seinem Nutzen brauchen darf, insofern hierdurch dem Ge-

§ 216. Die Grenzklagen.[1]

Der Festsetzung der Grundstücksgrenzen dienen die Grenzklagen.[2] Dieselben bezwecken entweder richterliche Ermittelung einer streitigen Grenze — Grenzscheidungsklagen — oder bewirken bloß äußere Beurkundung einer an sich unstreitigen Grenze auf dem Grundstück — Grenzerneuerungsklagen.

1. Die Grenzscheidungsklage setzt — entsprechend der römischen actio finium regundorum — streitige, sogenannte verdunkelte Grenzen voraus. Diese Dunkelheit soll beseitigt, der Streit geschlichtet und damit Rechtssicherheit hergestellt werden. Zwar verlangt Kläger zunächst Anerkennung des von ihm behaupteten Grenzzugs, den er bestimmt — und zwar womög-

---

bäude selbst kein Nachtheil geschieht; es geht ferner aus dem folgenden § 136 hervor, daß jeder Theil Wandschränke und derartige Anlagen in seiner Hälfte einrichten darf, sofern er nicht hierbei auf Anlagen trifft, welche der Nachbar auf seiner Seite angelegt hat, und es verstattet § 134 jedem Theil an der gemeinschaftlichen Mauer Schornsteine anzulegen. Des weiteren hat das O. Trib. Entsch. Bd. 38 S. 49 anerkannt, daß jeder Theil seine Mauerhälfte erhöhen darf, ohne an des Nachbarn Zustimmung gebunden zu sein. Auch ist — ungeachtet des Widerspruchs von Schitting bei Gruchot Bd. 31 S. 819 — anzunehmen, daß jedem Theil frei steht, an seiner Mauerhälfte Dritten Rechte einzuräumen, z. B. der Telegraphenverwaltung zur Anbringung von Telegraphen- und Telephondrähten, „soweit hierdurch dem Gebäude selbst kein Nachtheil geschieht". Denn wenn dies der angeführte § 135 gleich nicht ausdrücklich besagt, so liegt es doch in dessen Konsequenz. Den Zwecken der gemeinschaftlichen Mauer und der Praxis entspricht endlich, daß jeder Nachbar zur Erhaltung seiner Mauerhälfte und zur Erstattung von Kosten, welche für das Ganze ausgelegt wurden, dem andern verbunden ist. Nach alledem ist die rechtliche Natur der gemeinsamen Mauer zweifelhaft. Besteht an der ganzen Mauer Miteigenthum der Nachbarn zu ideellen Theilen — wie das römische Recht annahm — und nur Theilung des Gebrauchs nach körperlichen Hälften, hierfür spricht sich Rehbein Entsch. des O. Trib. zu L. R. I, 8 § 135 und Schitting a. a. O. aus, oder hat Jeder der Nachbarn Alleineigenthum an seiner Mauerhälfte, also an einer pars pro diviso. Wir erklären uns für das Letztere. Denn es hat Jeder nicht bloß den ausschließlichen Gebrauch seiner Mauerhälfte; es ist auch nicht zu bezweifeln, daß Jedem das Sondereigenthum an der Grundfläche zusteht, auf welcher seine Mauerhälfte errichtet ist, was im Fall einer Abtragung der Mauer hervortritt. Dies spricht dafür, daß jeder Nachbar Sondereigenthum an der Mauerhälfte bis zur Mittellinie des Fundaments, welche die Grenze bildet und von da rechtwinklig aufwärts hat, und daß daneben eine gegenseitige Servitut besteht, wonach jeder Nachbar seine Mauerhälfte erhalten und herstellen muß. Allerdings nahmen die Römer Miteigenthum der Nachbarn an der Mauer an, doch dies war bei Abfassung des Landrechts nicht ausschlaggebend. Vgl. Eccius Bd. 3 § 170 Anm. 25, R. G. im J. M. Bl. 1888 S. 66.

25) L. R. I, 9 § 286. Und zwar besteht, wie auch nach römischem Rechte, Eigenthum pro partibus divisis l. 19 pr. D. comm. div. 10, 3, Jeder Nachbar ist an sich zum Fällen des Baumes befugt. An dem gefällten Baum trat in Rom Miteigenthum nach ideellen Theilen ein. Nach L. R. sind die Regeln in I, 9 § 307 ff. — unten § 235 zu 2 — entsprechend anzuwenden.

1) L. R. I, 17 § 362 ff., A. G. O. I, 42 § 1 ff., Leonhard über die Grenzscheidungsklage nach preußischem Rechte bei Gruchot Bd. 5 S. 238. Ueber gemeines Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 229.

2) Nach R. C. P. O. § 25 ist für die Grenzscheidungsklage das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig; dies gilt auch für das Grenzerneuerungsverfahren.

lich unter genauer Angabe der gegnerischerseits beanspruchten Grenze — zu bezeichnen hat. Die Grenzscheidungsklage nimmt also, wie die Eigenthumsklage, ein Stück der Erdoberfläche in Anspruch.[3] Gleichwohl gilt Herstellung des Grenzfriedens als oberstes Ziel des Verfahrens,[4] deshalb darf sich der Richter nicht damit begnügen, die Klage abzuweisen, wenn ihm die vom Kläger bezeichnete Grenze nicht erwiesen wird, vielmehr muß er, um den anhängigen Grenzstreit zu schlichten, gegebenen Falls die vom Beklagten behauptete Grenze in der Urtheilsformel feststellen, auch wenn Widerklage nicht erhoben ist, so daß sich das Verfahren, wie nach römischem Rechte, zum iudicium duplex gestaltet.[5] Aus gleichem Grunde kann die Befugniß zur Anstellung dieser Klage nicht durch Verjährung erlöschen.[6]

Bei Festsetzung der Grenze hat der Richter den zeitigen ruhigen Besitzstand zu Grunde zu legen, sofern es den Parteien nicht gelingt, ein besseres Recht an dem streitigen Grenzstreifen nachzuweisen.[7] Läßt sich weder das Recht feststellen, noch auch nur Besitz, so ist das streitige Stück unter den Parteien gleich zu theilen. Das Urtheil gilt stets als deklaratorisch.[8] [9]

---

3) l. 1 D. fin. regund. 10, 2: pro vindicatione rei est.

4) Hierdurch unterscheidet sie sich von der Eigenthumsklage, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 134.

5) l. 37 § 1 D. de obl. 44, 7, Striethorst Archiv Bd. 54 S. 210.

6) L. R. I, 17 § 373.

7) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 961. — Gegen den Besitzstand kann man sich insbesondere auf Gesetz oder Verträge berufen, welche die Grenze anderweit feststellen. Auch Verjährung ist zu beachten; gegen eine klare Bestimmung der Grenze durch Gesetz, rechtskräftiges Urtheil oder Vertrag aber nur Verjährung von 50 Jahren, oben § 179 a. E. Die Thatsache allein, daß der Besitzstand bezüglich der Grenze früher ein anderer als jetzt war, begründet ein besseres Recht des früheren Besitzers, wenn er darthut, daß die Verschiebung der Grenze ohne seinen Willen geschah, sofern der Beklagte keinen Rechtsgrund für dieselbe anzuführen vermag, vgl. unten § 249. Ueber die Bedeutung der Angaben des Grundbuchs für den Grenzzug siehe oben § 201.

8) L. R. I, 17 § 379 ff., vgl. A. G. O. I, 13 §§ 29. 30, l. 2 § 1 D. fin. reg. 10, 1. Die richterliche Feststellung der Grenze ist auch bezüglich L. R. I, 8 § 139 ff. — unten § 221 Anm. 11 — maßgebend. Gruchot Bd. 24 S. 962. Die römischen Juristen gestatteten dem Richter auch das Ziehen einer neuen Grenze unter Entschädigung des hierdurch Verlierenden, wenn die bisherige Grenze zwar nicht streitig, aber unzweckmäßig war, z. B. durch einen Bach gebildet ward, der seinen Lauf veränderte. Vgl. § 6 J. de officio iudicis 4, 17. Diese Befugniß hat der Richter nach L. R. nicht.

9) Hieraus ergiebt sich für die Frage der Rechtskraft des Urtheils Folgendes: Hat Jemand ein Stück Land mit der Eigenthumsklage gefordert und stellt er, nachdem er unterlag, die Grenzscheidungsklage an, so steht dem Kläger die Einrede des rechtskräftigen Urtheils insoweit entgegen, als er sich auf ein Recht an der Fläche bis zum beanspruchten Grenzzug stützt, sie kann ihm aber insoweit nicht entgegengestellt werden, als er bloß eine zu beseitigende Unsicherheit der Grenze behauptet. Vgl. Koch Prozeßpraxis Bd. 1 S. 895. Zu weit geht O. Trib. Entsch. Bd. 38 S. 379. Gegen die Ansicht Försters, es handle sich bei der Eigenthums- und der Grenzscheidungsklage nie um dieselbe Rechtsfrage, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache greife daher nie ein, Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 101.

Berechtigt die Klage anzustellen ist der Eigenthümer eines der benachbarten Grundstücke. Dies auch, wenn er im Besitze des streitigen Grenzstreifens ist, da er dann nicht minder ein Interesse an der Grenzbestimmung haben kann. Ob auch ein einzelner Miteigenthümer und ob dinglich Berechtigte, namentlich Nutznießer, die Klage anstellen können, ist zweifelhaft, aber zu bejahen.[10] Die Klage muß gerichtet werden gegen den Eigenthümer des Nachbargrundstücks. Auch der Nießbraucher muß sie übernehmen.[11] [12] Die Entscheidung, welche gegenüber dem Eigenthümer gefällt wird, macht regelmäßig Rechtskraft auch gegenüber den dinglich an dessen Sache Berechtigten,[13] soweit keine Kollusion vorliegt.

Die Grenzscheidungsklage beschränkt sich auf die Bestimmung der Grenze.[14] Etwaige Geldansprüche, z. B. wegen der von dem anderen Theil ohne Recht gezogenen Früchte bilden einen besonderen Anspruch.[15]

Man nimmt häufig an, daß die Grenzscheidungsklage sich auf Gebäudegrundstücke nicht beziehe.[16] Indeß muß auch bei ihnen auf Antrag eines Betheiligten die Grenze richterlich bestimmt werden, wenn sie, was freilich seltener vorkommt, verdunkelt ist.[17]

---

10) Für das Klagrecht der dinglich Berechtigten vgl. l. 4 § 9 D. fin. reg. 10, 1. Man denke: durch einen Wolkenbruch wird die Grenze zweier Grundstücke völlig unkenntlich, von denen eines im Nießbrauch steht; soll hier der Nießbraucher, wenn der Eigenthümer nicht klagen will, kein Rechtsmittel haben? Das Gesetz schweigt, die Praxis schwankt. Die Gegenansicht vertritt Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 97, vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 993.

11) L. R. I, 21 § 82.

12) Bei der Grenzscheidungsklage kommt L. R. I, 15 § 25 ff. — unten § 248 zu 2 — nicht zur Anwendung nach Striethorst Archiv Bd. 99 S. 50 ff.

13) L. R. I, 20 §§ 458. 459, oben § 187 unter 3. Ueber die Zuziehung dinglich Berechtigter findet sich in L. R. I, 17 § 387 eine Verweisung auf L. R. I, 17 §§ 323—332. Hiervon könnte höchstens anwendbar werden, daß unter Umständen der nächste Lehnsfolger bei Lehnen zuzuziehen ist, § 5 ff. der Gem. Theil. Ordnung vom 7. Juni 1821. Erhält bei Grenzberichtigungen ein Nachbar zur Ausgleichung Kapitalabfindungen, so sind die Hypothekengläubiger zuzuziehen nach L. R. I, 20 § 460. Dernburg und Hinrichs P. H. R. Bd. 1 S. 203.

14) Das Gericht hat während des Verfahrens einstweilige Verfügungen zu treffen, A. G. O. I, 42 § 19 ff., vgl. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 4. Nach A. G. O. I, 42 § 25 galt das Urtheil erster Instanz als Interimistikum. Die R. C. P. O. hat dies nicht wiederholt; jedoch wird selbstverständlich das Urtheil auf Antrag durch einstweilige Verfügung bis zum Austrag des Streites aufrecht erhalten werden.

15) Das Gericht kann daher gemäß R. C. P. O. § 136 anordnen, daß die Grenzscheidungsklage und die sich anschließenden Geldansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden. Es hat nach R. C. P. O. § 272, wenn einer der beiden Ansprüche, insbesondere der Grenzstreit, zur Endentscheidung reif ist, ein Endurtheil zu erlassen. Ueber das römische Recht vgl. l. 4 § 2 D. fin. reg. 10, 1.

16) Nach l. 2 pr. l. 4 § 10 D. fin. reg. 10, 1 Gruchot Bd. 7 S. 382 und Förster Bd. 3 § 182; dagegen Eccius a. a. O. Anm. 97, Striethorst Archiv Bd. 73 S. 114.

17) Der Besitzer eines an einem öffentlichen Wege liegenden Grundstückes, welcher behauptet, daß der Besitzer des an der anderen Seite des Weges belegenen Grundstückes den Weg herübergedrängt habe, hat zwar keine Grenzscheidungsklage, wohl aber eine

2. Das Grenzerneuerungsverfahren bezweckt die äußere Darstellung — die Abmarkung — der Grundstücksgrenzen, wenn dieselben zwar unstreitig, aber auf dem Grundstück selbst nicht solcher Art erkennbar sind, daß späteren Verdunkelungen vorgebeugt ist.[18] Sämmtliche betheiligte Nachbarn sind zuzuziehen.[19] Sie haben in der Regel auch die Kosten nach Verhältniß ihres Antheils an der Grenzlinie zu tragen.[20] Die Abmarkung der Grundstücksgrenzen ist Sache freiwilliger Gerichtsbarkeit.[21] Sind die Betheiligten jedoch über die Vorfragen nicht einig, so entscheidet diese der Prozeßrichter. So insbesondere, wenn die Nothwendigkeit einer Grenzerneuerung streitig ist oder einzelne Interessenten sich am Verfahren nicht betheiligen. Entstehen Streitigkeiten über die Grenze selbst, so ist zuvörderst die Grenzscheidungsklage anzustellen.[22]

II. Gesetzliche Grenzen des Eigenthumsrechts.

§ 217. Begrenzungen im allgemeinen Interesse.

Das Eigenthum gewährt keineswegs, wie man häufig behauptet, eine unbegrenzte Herrschaft über die Sache.[1]

Namentlich gilt dies nicht für das Grundeigenthum. Dasselbe unterliegt vielmehr einschneidenden gesetzlichen Einschränkungen und ist mit gesetzlichen Verpflichtungen verknüpft; beides sowohl zu Gunsten der öffentlichen Wohlfahrt als der Grundstücksnachbarn.

So war es bereits im römischen Recht, in noch umfassenderer Art im deutschen Recht des Mittelalters. Der moderne Staat aber hat im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt diese Einschränkungen und Belastungen in Deutschland sehr vermehrt.

Schadensersatzklage, welche die Römer als actio viae reiectae bezeichnen, l. 3 pr. de via publica 43, 11.

18) L. R. I, 17 § 383 ff. Aehnlich die gemeinrechtliche Praxis, Seuffert Archiv Bd. 20 n. 33, Bd. 26 n. 13, Bd. 30 n. 5. Wiederhold in Lindes Zeitschrift Bd. 13 S. 43 sieht mit Unrecht in solchem Verfahren das Wesen der römischen a. fin. regundorum. Dagegen Sternberg in derselben Zeitschrift Bd. 17 S. 13 ff.

19) Vgl. L. R. I, 17 §§ 385. 386, Striethorst Archiv Bd. 13 S. 127.

20) L. R. 17, § 384.

21) Sind die Betheiligten sämmtlich einig, so können sie die Grenze auch außergerichtlich feststellen. Präj. des O. Trib. 1033 vom 7. August 1841 unerachtet L. R. I, 17 § 388, Striethorst Archiv Bd. 95 S. 75. Ueber den Fall, daß die Landesgrenze berührt wird, vgl. A. G. O. I, 42 § 33.

22) Mit Unrecht behauptet Eccius Bd. 3 § 182 S. 324, es bestehe kein Klagrecht auf Grenzerneuerung, „denn Niemand könne den Anderen zu einem Vertragsschluß unbestimmten Inhaltes nöthigen", ein Grund, der ganz unzutreffend ist. Er vermeint weiter, die Weigerung begründe die Grenzscheidungsklage; in solchem Fall seien von beiden Seiten anerkannte Grenzen nicht vorhanden. Auch dies ist unrichtig. Man kann die Grenzen anerkennen, aber das Bedürfniß erneuter Abmarkung leugnen.

1) Oben § 181 z. A.

Gesetzliche Einschränkungen zu Gunsten des öffentlichen Wohls treten nicht bloß unmittelbar ein, vielmehr bestehen zahlreiche gesetzliche Beschränkungen, welche erst im einzelnen Fall durch Vermittelung von Behörden in das Werk gesetzt werden.

Verfügungen letzterer Art gleichen zum Theil solchen, welche eine Enteignung des Eigenthümers enthalten.

Doch rechtlich sind sie von den letzteren sehr verschieden. Denn da sie dazu bestimmt sind, eine dem Eigenthum innewohnende Schranke in Anpassung an den einzelnen Fall geltend zu machen, so hat der Eigenthümer, welchem sie zugehen, um ihretwillen Entschädigung nicht zu fordern. Mögen sie ihn auch thatsächlich schädigen, so entziehen sie ihm nichts im Rechtssinne, weil sie die gesetzlichen Schranken nur näher feststellen.[2] Dagegen erzeugen amtliche Verfügungen, welche sich nicht darauf stützen können, daß sie die gesetzliche Schranke des Eigenthums zur Geltung bringen, selbstverständlich Entschädigungsansprüche, wenn sie im Interesse des öffentlichen Wohles dem Eigenthümer Beschränkungen auflegen und demnach in Wahrheit eine Enteignung bewirken.[3][4]

Nicht selten werden den Grundeigenthümern dadurch Beschränkungen und Lasten aufgelegt, daß sie zwangsweise zu Genossenschaften vereinigt werden. Dies giebt schon um deswillen dem Einzelnen keinen Anspruch auf Entschädigung, weil das Gesetz unterstellt, daß die Bildung der Genossenschaft allen Betheiligten zum Vortheil gereicht.

1. Gesetzliche Einschränkungen des Grundeigenthums im Interesse des öffentlichen Wohls sind behufs des Wasserschutzes und des Wassernutzens getroffen.

Erhaltung und Herstellung der Deiche bezweckt das Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848. Dasselbe macht die Neuanlegung, Verlegung, Erhöhung und theilweise oder völlige Zerstörung von Deichen und ähnlichen Erhöhungen, welche die Ausbreitung der zeitweise aus ihren Ufern tretenden Gewässer beschränken, von Genehmigung der Behörden abhängig, berechtigt dieselben, die Erhaltung und Wiederherstellung zu erzwingen und ermächtigt die betheiligten Grundbesitzer, zu Deichgenossenschaften sich zu verbinden, welchen die Deichpflicht obliegt.

---

2) L. R. I, 22 §§ 1 und 2. Vgl. Entsch. d. O. Trib. Bd. 17 S. 377, R. G. Bd. 19 S. 353, bei Gruchot Bd. 35 S. 117.

3) L. R. Einl. §§ 73—75, L. R. I, 8 § 31, vgl. den durch die Kab. Ordre vom 4. December 1831 zur Befolgung veröffentlichten Bericht des Staatsministeriums.

4) Dies auch wenn die Einschränkung durch polizeiliche Verfügung geschah, siehe oben § 34 Anm. 6.

Das Gesetz vom 28. Februar 1843 über die Benutzung der Privatflüsse schränkt das Eigenthum der Flußnachbarn an Privatflüssen im öffentlichen Interesse erheblich ein.

Nach dem Gesetz vom 1. April 1879 können zur Entwässerung und Bewässerung von Grundstücken und zu Gunsten der Wasserstraßen Wassergenossenschaften zwangsweise gebildet werden.

Das Gesetz vom 20. August 1883 über die Befugnisse der Strombauverwaltung gegenüber den Uferbesitzern an öffentlichen Flüssen endlich legt den Flußanliegern mehrfache Einschränkungen auf.

Schon nach L. R. II, 15 § 57 unterliegen die Eigenthümer der Ufer eines öffentlichen Flusses der Last des Leinpfades.

Auch zum Schutz des Fischbestandes können nach dem Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 §§ 30, 31 die Berechtigten eines größeren Fischereigebietes zwangsweise zu Genossenschaften vereinigt werden.

2. Das Eigenthum am Walde ist nicht minder erheblich eingeschränkt.

Daß dem Publikum ein gewisser unschädlicher Gemeingebrauch an zugänglichen Holzungen zusteht, also daß das Spazierengehen in den Wegen, das Pflücken von Waldblumen, und selbst von Beeren zum Verzehren zustehe, entspricht der Volksauffassung, wenn es auch zu bestimmten rechtlichen Formulirungen nicht kam.

Wichtiger ist, daß der Staat die freie Verfügung der Waldeigenthümer über den Wald in mehreren Beziehungen einschränkt, da die Erhaltung der Wälder für den Nationalwohlstand große Bedeutung hat und deren Ausrottung oder übermäßige Ausbeutung dem Lande dauernden Schaden zufügen kann.

Die landrechtliche Gesetzgebung insbesondere verbot, übereinstimmend mit älteren Provinzialforstordnungen, den Eigenthümern der Privatforsten Holzverwüstung derart, daß man offenbare Waldverwüstung mit öffentlicher Strafe belegte und die Waldeigenthümer nöthigte, den Anweisungen der Landespolizeibehörde wegen Einschränkung des Holzschlages Folge zu geben.[5] Diese Bestimmungen waren jedoch ihrerzeit bei dem Waldreichthum der preußischen Monarchie in solcher Allgemeinheit überflüssig[6] und mußten den Zweck der Hebung der Holzerzeugung verfehlen, insofern sie bei dem Schwanken des Begriffes der Waldverwüstung die Grundbesitzer willkürlicher Behandlung

---

5) L. R. I, 8 § 83 ff.

6) Im Jahre 1865 betrug die Waldfläche in der damaligen Monarchie 26950009 Morgen oder 25 Prozent der Gesammtfläche. Von dem Waldboden kamen 27 Prozent auf die Staatsforsten, 13 Prozent auf die Gemeinden, 1 Prozent auf die Korporationen und Stiftungen, 59 Prozent oder 15935802 Morgen auf Privatbesitz.

aussetzten und ihnen diese Art der Bodennutzung verleideten.[7] Das Edikt zur Beförderung der Landeskultur vom 14. September 1811 hob daher diese Einschränkungen auf,[8] und gestattete, die Waldungen nach Gutdünken zu benutzen und urbar zu machen, soweit nicht private Berechtigungen Anderer entgegenstanden. Umgekehrt wurde Jedem erlaubt, nach eigenem Ermessen landwirthschaftliche Grundstücke in Forst zu verwandeln.

Die Holzungen der Gemeinden und öffentlichen Anstalten wurden jedoch bald der Oberaufsicht des Staates unterstellt, welcher darüber zu wachen hat, daß sie nur innerhalb der Grenzen der Nachhaltigkeit ausgenutzt werden.[9] Das Gesetz über gemeinsame Holzungen vom 14. März 1881 unterstellte auch gemeinschaftliche Holzungen, sofern die Gemeinschaft nicht nachweisbar aus besonderem privatrechtlichen Titel, z. B. aus Regulirungen entstand, wenn dieselben sich hierzu eignen, einer gleichen Oberaufsicht wie die der Gemeinden und beschränkte deren Theilung.

Nach dem Gesetze vom 6. Juli 1875 betreffend Schutzwaldungen kann jetzt auch gegenüber Privaten, hauptsächlich zur Abwendung gemeiner Gefahr, eine Beschränkung der Benutzung ihrer Waldungen und die Ausführung von Waldkulturen oder sonstigen Anlagen zwangsweise angeordnet werden, wenn der abzuwendende Schaden den aus der Einschränkung für den Eigenthümer entstehenden Nachtheil beträchtlich überwiegt. Es ist hierfür aber Entschädigung zu gewähren.[10] Außerdem können zwangsweise Waldgenossenschaften behufs gemeinsamer Schutzmaßregeln oder gemeinsamer Bewirthschaftung ihrer Grundstücke eingerichtet werden, falls die forstmäßige Benutzung nebeneinander oder vermengt gelegener Waldgrundstücke nur durch das Zusammenwirken aller Betheiligten zu erreichen ist.[11]

3. Nach dem Eisenbahngesetze kann der Eigenthümer einer Eisenbahn Seitens der Verwaltungsbehörden genöthigt werden, die Bahn nebst den Transportanstalten fortwährend in solchem Stande zu erhalten, daß die Be-

7) Roscher Volkswirthschaft Bd. 2 § 194.

8) Edikt vom 14. September 1811 § 4 ff. Es gilt dies, abgesehen von den neuesten Provinzen, auch für die Theile der Monarchie, in welchen sonst das Edikt keine Geltung hat.

9) Gesetz betreffend die Verwaltung der den Gemeinden und öffentlichen Anstalten gehörigen Holzungen in den Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien, Sachsen vom 14. August 1876; die Verordnung vom 24. December 1816 bestimmte bereits in gleichem Sinn über die Waldungen von Korporationen in Sachsen, Westphalen und Rheinland.

10) Das Gesetz vom 6. Juli 1875 § 2 hebt die Fälle besonders hervor, insbesondere die Gefahr der Versandung, des Abrutschens von Grundstücken, der Verminderung des Wasserstandes, der Einwirkung schädlicher Winde u. s. f.

11) Citirtes Gesetz § 23 ff.

förderung mit Sicherheit, und auf die der Bestimmung des Unternehmens entsprechende Weise erfolgen könne.[12]

4. Nach älterem, in der Regalität wurzelnden Bergrecht konnte die Bergbehörde das verliehene Bergwerkseigenthum dem Eigenthümer in zahlreichen Fällen entziehen. Auch hatte diese Behörde den Betrieb zufolge des s. g. Direktionssystems zu leiten und zu regeln.

In ausgesprochenem Gegensatz hierzu stellt das Berggesetz vom 24. Juni 1865 das Bergwerkseigenthum dem Grundeigenthum gleich, suchte es hierdurch sicher zu stellen und ihm Realkredit zu eröffnen.

Entziehung durch das Oberbergamt kann daher jetzt nur in dem einzigen Fall einer Einstellung des Betriebs geschehen, sofern derselbe öffentliche Interessen verletzt.[13]

Der Betriebsplan ist zwar der Bergbehörde vorzulegen und kann dieselbe Abänderungen im öffentlichen Interesse fordern, Einstellung des Betriebs zu diesem Zweck darf sie aber nur gegen Entschädigung verlangen.[14]

5. Eigenthümlich sind die Rayonbeschränkungen.[15] In der Nähe von dauernden Befestigungen, mögen dieselben bereits errichtet sein oder künftig errichtet werden, unterliegt im militärischen Interesse die Benutzung des Grundeigenthums insofern Einschränkungen, als gewisse Anlagen überhaupt nicht zulässig, andere nur mit Genehmigung der zuständigen Behörden statthaft sind. Und zwar wird die Umgebung der Festungen je nach der Entfernung von deren äußerster Vertheidigungslinie in drei Rayons zerlegt, in welchen die Art und der Umfang der gesetzlichen Einschränkungen verschieden bestimmt ist. Bei Neuanlagen von Befestigungen, sowie nach Ermessen der Kommandantur auch bei den bestehenden Werken, wird ein Rayonplan mit Rayonkataster zur Bezeichnung der durch die Rayons beschränkten Grundstücke aufgenommen, gegen welchen die Besitzer innerhalb kurzer Fristen nach seiner Veröffentlichung Einwendungen erheben können, über welche die Kommandantur und letztlich die Reichsrayonkommission entscheidet.

Der öffentlichrechtliche Charakter ist bei diesen Beschränkungen das Bestimmende. Anlagen, welche nach dem Urtheil der Rayonbehörden unzulässig sind, werden demnach, wenn sie der Besitzer nicht beseitigt, auf dessen Kosten

---

12) Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 § 24. Vgl. deutsche Reichsverfassung Art. 43.

13) Berggesetz § 65; vgl. unten § 273.

14) Berggesetz § 67 ff.

15) Vgl. Reichsgesetz vom 21. December 1871, betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, s. g. Rayongesetz. Laband Staatsrecht Bd. 3 S. 372, Seuffert Archiv Bd. 35 n. 217.

polizeilich entfernt.[16] Gegen die Rayonbeschränkung kann auch keine Verjährung schützen, selbst ein befreiender Vertrag würde nur Entschädigungsansprüche gewähren.

Die Beschränkung tritt unmittelbar in Folge des Gesetzes ein und zwar mit Absteckung der beiden inneren Rayons und deren Bezeichnung durch Rayonsteine.[17]

Dennoch leistet das Reich Entschädigung für dergleichen Beschränkungen, von welchen ein Grundstück bisher frei war, denen dasselbe aber auf Grund des Reichsgesetzes inskünftige unterworfen wird. Bei der Werthbestimmung wird die Zeit der im Reichsgesetzblatt erfolgten Bekanntmachung über die Inaussichtnahme der Neuanlage oder die Erweiterung der bestehenden Festungswerke als maßgebend erachtet.[18] Die Entschädigung geschieht in Rente zu sechs Prozent, wovon ein Prozent zur Amortisation dient, so daß die Rente nach 37 Jahren erlischt.[19] Beträgt die Werthverminderung, welche das Grundstück durch die Beschränkung erleidet, ein Drittel seines bisherigen Werthes, so kann der Eigenthümer nach seiner Wahl auch Kapitalentschädigung fordern.

Wird die Festungsanlage beseitigt, so fallen die Rayonbeschränkungen weg, ohne daß die Besitzer dem Fiskus etwas hierfür zu leisten haben, selbst wenn seiner Zeit eine Entschädigung für dieselben gezahlt war.[20] Die Fortentrichtung einer noch laufenden Entschädigungsrente kann aber in diesem Falle nicht verlangt werden.[21]

§ 218. Fortsetzung. Oeffentliche Beschränkungen des Baurechts.

1. Das an sich im Eigenthum an einem Grundstücke liegende Recht, dasselbe beliebig mit Gebäuden zu besetzen, ist Einschränkungen

---

16) Rayongesetz § 32.

17) Rayongesetz § 8 Abs. 2. R. O. H. G. Bd. 13 S. 288, bei detachirten Forts genügt Aussteinung des ersten Rayons, R. O. H. G. Bd. 17 S. 28. — Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 977.

18) Rayongesetz a. a. O. §§ 34. 35. Regelsberger in Hirths Annalen 1880 Heft 4 will nur diejenigen späteren Veränderungen nicht beachtet wissen, welche in der Absicht geschahen, um aus der Reichskasse höheren Schadensersatz zu gewinnen. Wegen der Beschränkungen im dritten Rayon, welche in der Auflage vorgängiger Genehmigung der Militärbehörden zu gewissen besonderen Anlagen liegen, entstehen Entschädigungsansprüche erst dann, wenn diese Genehmigung versagt wird, § 38.

19) Es entsteht hieraus ein subjektiv dinglicher Anspruch zu Gunsten des jeweiligen im Rayonkataster verzeichneten Grundeigenthümers, § 36 des Gesetzes. In Folge dessen ist die Rente auch den Hypothekengläubigern des Grundstücks mitverhaftet. Ueber das Recht auf Kapitalentschädigung vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 193, andererseits Gruchot Bd. 35 S. 336.

20) Es ist eben Sache des freien Beliebens des Fiskus, ob er dasjenige Recht ausüben will, welches er kraft des Gesetzes erwarb. Unterläßt er dies, so liegt darin kein Rechtsgrund, den Grundeigenthümer zu einer Leistung zu nöthigen.

21) Rayongesetz a. a. O. § 36.

im öffentlichen Interesse unterworfen, da die Neuerrichtung und Umgestaltung von Gebäuden für staatliche und städtische Anlagen, z. B. Wege, Wasserleitungen, Kloaken, nicht weniger für die öffentliche Sicherheit und die Gesundheitspflege Bedeutung hat. Jene Einschränkungen sind theils formelle, theils materiellrechtliche.

a) Es bedarf obrigkeitlicher Genehmigung zu jeder Errichtung einer neuen Feuerstelle in Stadt und Land, ferner zu jedem Neubau in der Stadt, auch wenn derselbe nur Veränderung oder Wiederherstellung eines bestehenden Gebäudes bezweckt.[1] [2] Wird der Bau ohne solche Genehmigung unternommen, so verfallen Bauherr und Bauunternehmer in öffentliche Strafe,[3] auch kann der Bau von der Obrigkeit wieder beseitigt werden, wenn er nicht nach deren Anweisung verändert wird.[4]

b) Eine weitgehende gesetzliche Einschränkung trifft L. R. I, 8 § 66. Hiernach soll

„Zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens, oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden."

Hierin haben die örtlichen „Baupolizeiordnungen" ihre gesetzliche Grundlage.

Die hiernach getroffenen Einschränkungen geben dem Grundeigenthümer also keinen Anspruch auf Entschädigung.[5]

Anders aber steht es mit der Verweigerung der Baugenehmigung aus sonstigen Gründen, insbesondere, wenn sie erfolgt, weil die Grundstücksfläche zu einer öffentlichen Straße oder einem öffentlichen Platz verwendet werden soll. Hierin liegt eine Enteignung, welche mithin zur Entschädigung verpflichtet.[6] [7] [8]

---

1) L. R. I, 8 §§ 67. 69. Was Neubau ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Die Baupolizei ist für möglichst weite Ausdehnung. Hiernach fordert die Berliner Baupolizeiordnung Genehmigung „zu allen neuen, baulichen Anlagen", also z. B. auch zu bloßen Umfassungswänden. Bewegliche auf Rädern stehende Anlagen sind keine Bauanlagen; ebensowenig Bauten und ähnliche Anlagen, welche zum Hausgarten gehören.

2) Nach Reichsgewerbeordnung § 16 ff. ist ferner Genehmigung der Polizei erforderlich bei gewissen im Gesetze namentlich aufgeführten Anlagen zum Fabrik- und Gewerbebetrieb, welche die Nachbarn und das Publikum besonders benachtheiligen, gefährden oder belästigen.

3) Vgl. Strafgesetzbuch § 367 Ziff. 15.

4) L. R. I, 8 § 71 ff. Die polizeiliche Genehmigung kann den Privatrechten Dritter nichts vergeben.

5) Die Versagung der Baugenehmigung darf nicht darauf gegründet werden, daß über das Eigenthum an der Baustelle Streit besteht, vielmehr ist deswegen höchstens auf Antrag des Betheiligten eine einstweilige Verfügung vom Gericht zu erlassen.

6) Vgl. Paris bei Gruchot Bd. 23 S. 41, oben § 217 Anm. 4. Als Enteignung wird namentlich angesehen die Verweigerung der polizeilichen Genehmigung zur Wiederbebauung einer Stelle, auf welcher bereits ein Gebäude ohne Uebertretung der Poli-

2. Das Gesetz vom 2. Juli 1875[9] betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen — s.g. Fluchtliniengesetz — bezweckt die geordnete Bebauung der Städte und der ländlichen Ortschaften städtischer Art zu sichern und dabei die Gemeinden möglichst von Kosten zu entlasten. Vorzugsweise von Bürgermeistern größerer Städte betrieben, ist dies Gesetz nicht frei von Einseitigkeit. Auch sind seine Bestimmungen zum Theil unklar.

a) Das Gesetz ordnet im § 1—10 das Verfahren behufs Feststellung eines Bebauungsplanes an.

Für die Anlegung von Straßen und Plätzen darf der Gemeindevorstand unter Zustimmung der Gemeinde beziehungsweise ihrer Vertretung und unter Genehmigung der Ortspolizeibehörde Straßen- und Baufluchtlinien feststellen. Der vorläufig festgestellte Plan ist öffentlich auszulegen,[10] worauf innerhalb einer mindestens 4 Wochen betragenden Frist Einreden Seitens der Betheiligten vorgebracht werden können, über welche in Ermangelung gütlicher Einigung der Kreisausschuß entscheidet.

In gleicher Weise sind etwaige Veränderungen der vor oder nach Erlaß des Gesetzes festgestellten Fluchtlinien in das Werk zu setzen.

b) Mit dem Tage, an welchem die Offenlegung des endgültig festgestellten Planes beginnt, verlieren nach § 11 des Gesetzes die Grundbesitzer das Recht, über die in demselben bestimmten Baufluchtlinien hinaus Neubauten, Um- und Ausbauten vorzunehmen.

Die Gemeinde erhält gleichzeitig das Recht, die für Straßen und Plätze planmäßig festgesetzte Grundfläche für sich zu enteignen, also ohne daß es der besonderen Verleihung des Enteignungsrechtes durch die Krone bedarf.

c) Durch Ortsstatut kann nach § 12 des Gesetzes festgestellt werden, daß an Straßen oder — selbständigen — Straßentheilen, welche noch nicht

---

zeivorschriften errichtet war, weil hier der Platz bereits einen Bauwerth hatte, der ihm entzogen wird, Entsch. des O. Trib. Bd. 43 S. 23, Bd. 56 S. 19, Bd. 80 S. 34, R. G. Bd. 6 S. 298. Es gilt dies auch, wenn die Wiederbebauung auf einen Theil des früheren Hausgrundstücks beschränkt wird, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1121.

7) Das durch die Berliner Polizeibehörde erlassene Verbot der Bauten, welche durch ihre Höhe die Aussicht von dem Nationaldenkmal auf dem Kreuzberg aus, sowie dessen Ansicht von unten behindern, begründete, da es unter L. R. I, 8 § 66 ff. nicht zu bringen war, Entschädigungspflicht, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 935.

8) In einem Bau-Erlaubnißschein war von der Polizeibehörde als Bedingung die unentgeltliche Abtretung von Land im allgemeinen Interesse gestellt worden. Als sich der Betheiligte später dieser unentgeltlichen Abtretung weigerte, nahm das Obertribunal an, daß er zu derselben nicht verpflichtet sei. Entsch. Bd. 41 S. 90. Siehe auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 725.

9) Vgl. Friedrichs, Gesetz vom 2. Juli 1875 2. Auflage 1889.

10) Die öffentliche Auslegung ist wesentlich, andernfalls knüpfen sich an die Feststellung der Fluchtlinie nicht die Folgen des Gesetzes, Entsch. d. O. V. G. Bd. 2 S. 678.

gemäß den baupolizeilichen Bestimmungen des Ortes fertig gestellt sind, solche Wohngebäude, welche nach diesen Straßen einen Ausgang haben, nicht errichtet werden dürfen. Das Statut bedarf der Bestätigung durch den Bezirksrath.

Da nach dem Gesetz dies Recht den Gemeinden nur bezüglich der „noch nicht für den öffentlichen Verkehr für den Anbau fertig gestellten Straßen" gewährt ist, so hat dasselbe keinen Bezug auf ältere, s.g. historische Straßen,[11] d. h. solche, welche bereits vor Erlaß des Ortsstatuts dem öffentlichen Verkehr und Anbau offen standen, wenn sie auch den gesteigerten Anforderungen, wie sie später ortspolizeilich festgestellt wurden, nicht entsprechen.

Das Bauverbot wird in das Belieben der Gemeinden gestellt, daher können dieselben von ihm Ausnahmen gestatten. Demzufolge ist ihnen möglich, den Unternehmern oder Anliegern einer geplanten neuen Straße als Gegenleistung mehr oder minder schwere Belastungen aufzulegen. Unter anderm dürfen sie Herstellung einer unverhältnißmäßig langen Straße oder wenigstens Kaution für deren Herstellung in ihrer ganzen Länge fordern, auch wenn zunächst nur ein kleinerer Theil im Zusammenhang mit dem ausgebauten Straßennetze bebaut werden soll. Auf solche Weise ist möglich, die für die zunehmende Bevölkerung nothwendige Stadterweiterung zu hindern, um Monopolpreise für die Miethen der Häuser im bereits bebauten Bezirk zu Gunsten der in den Gemeindevertretungen einflußreichen Hausbesitzer zu sichern.

d) Die Ansprüche der Grundeigenthümer auf Entschädigung wegen der in Folge der Fluchtlinien eingetretenen Enteignung des Baurechts werden durch das Gesetz im § 13 eng begrenzt.[12]

Entschädigung kann hiernach nur beansprucht werden, einmal wenn die Abtretung der zu Straßen und Plätzen bestimmten Flächen auf Verlangen der Gemeinde erfolgt. Zweitens wenn die Fluchtlinien in ein bereits mit Gebäuden besetztes Grundstück fallen und jene Gebäude niedergelegt werden oder, wie die Jurisprudenz entsprechend angenommen hat, wenn deren Wiedererrichtung im Falle einer Zerstörung baupolizeilich gehindert wird, weil sie in die planmäßige Fluchtlinie fallen.[13] Endlich drittens, wenn die Fluchtlinie zwar ein unbebautes, aber an einer fertig gestellten anderen Straße ge-

---

11) Entsch. d. O. V. G. Bd. 3 S. 304, Friedrichs a. a. O. S. 70.

12) Ueber den Fall, wo die Bauerlaubniß im Laufe des Feststellungsverfahrens vor endgültiger Feststellung des Plans nachgesucht ist vgl. R. G. Bd. 21 S. 212, Friedrichs a. a. O. S. 80.

13) R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1111.

legenes, zur Bebauung geeignetes Grundstück trifft und „die Bebauung in der Fluchtlinie der neuen Straße erfolgt.“[14]

Bezüglich Bemessung der Entschädigung nimmt das Reichsgericht an, daß ein Grundstück, welches vor Offenlegung des Plans die Eigenschaft eines Bauplatzes besaß, auch im Falle einer erst später erfolgenden Enteignung als Bauplatz zu schätzen ist, obgleich es die Eigenschaft eines solchen in Folge der Festsetzung der Fluchtlinien verloren hat; daß dagegen ein Grundstück, welches erst durch die Festsetzung der Fluchtlinien Bebauungsfähigkeit erlangte, nicht als Bauplatz einzuschätzen sei.[15] [16]

e) Durch Ortsstatut kann endlich festgesetzt werden, daß bei Anlegung einer neuen oder Verlängerung einer bestehenden Straße, wenn sie zur Bebauung bestimmt ist, und beim Anbau an einer bestehenden, bisher — schlechthin — unbebauten Straße oder an derartigen selbständigen Straßentheilen von dem Unternehmer der neuen Anlage, nicht minder von den angrenzenden Eigenthümern, sobald die Letzteren Gebäude an der neuen Straße errichten, die Kosten der Freilegung, ersten Einrichtung, Entwässerung und Beleuchtungsvorrichtung der Straße, sowie deren höchstens fünfjährige Unterhaltung beansprucht werden dürfen.

Diese Kosten sind den Eigenthümern nach Verhältniß ihrer die Länge der Straße berührenden Grundstücke, welche sie bebauen, zur Last zu legen.[17]

3. Neue Ansiedelungen außerhalb des Zusammenhanges einer bebauten Ortschaft und außerhalb des Bebauungsplans bedürfen vor der Baugenehmigung noch einer polizeilichen Ansiedelungsgenehmigung.

---

14) Diese Worte des § 13 Ziff. 3 sind dunkel, vgl. Schwarz bei Gruchot Bd. 24 S. 832, Paris daselbst Bd. 26 S. 676 und Bd. 27 S. 645, Friedrichs a. a. O. Die Meinung des Gesetzes war, es müsse die Bebauung der nicht in die Flucht fallenden Strecke in Angriff genommen werden und zwar in einer Weise, welche erkennen läßt, daß die Anlage auch die in die Straßenflucht fallende Strecke ergriffen hätte, wenn dies nicht durch den Bebauungsplan unthunlich geworden wäre. Wie aber, wenn der Bebauungsplan das unbebaute Grundstück des Besitzers für Straßen oder Plätze ganz oder soweit in Anspruch nimmt, daß der Rest nicht mehr bebaubar ist? Da in solchem Fall dem Besitzer unmöglich wird, die vom Gesetz geforderte Bethätigung seines Bauwillens an den Tag zu legen, so ist Entschädigung zu leisten, sofern die beiden anderen Voraussetzungen der Ziffer 3 zutreffen, vgl. R. G. Bd. 6 S. 295, Bd. 7 S. 273, bei Gruchot Bd. 34 S. 1093 und Bd. 35 S. 1170.

15) R. G. Bd. 8 S. 238.

16) Die Entschädigung ist nach dem Vorbild des Enteignungsgesetzes zunächst von den Verwaltungsbehörden festzustellen. Fluchtliniengesetz § 14. Der Magistrat kann darauf verklagt werden, das Verfahren bei der Verwaltungsbehörde zu beantragen. R. G. Bd. 1 S. 171. Die Grundsätze des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 sind für die Entschädigung maßgebend, vgl. R. G. Bd. 2 S. 279.

17) Vgl. § 15 des Fluchtliniengesetzes und Entsch. des R. V. G. Bd. 3 S. 304, wonach diese Leistungen lediglich Vermögensrechte der Gemeinde bilden und nicht zur Bedingung der Baugenehmigung gemacht werden dürfen. Vgl. auch Gneist in Hartmanns Zeitschrift für öffentl. Recht Bd. 4 S. 297 ff.

Dieselbe ist zu versagen einmal von Amtswegen, wenn es der Ansiedelung an einem jederzeit zugänglichen Weg fehlt, es sei denn dessen Herstellung sicher gestellt, dann auf Einspruch betheiligter Privaten, oder von Gemeinde- oder Gutsvorstehern, falls durch Thatsachen begründet wird, daß die Ansiedlung den Schutz der land- oder forstwirthschaftlichen Nutzungen, oder der Jagd oder Fischerei benachbarter Grundstücke gefährden würde.[18]

§ 219. Pflicht zur Erhaltung und Wiederherstellung von Gebäuden.

1. Abtragung von Gebäuden, welche an Straßen oder an öffentliche Plätzen der Städte stoßen, bedarf staatlicher Erlaubniß und kann in deren Ermangelung polizeilich verhindert werden.[1] Ebenso ist der Staat befugt, der Beschädigung oder Zerstörung von Denkmälern, welche Privaten gehören, wenn sie auf öffentlichen Orten errichtet sind, entgegenzutreten, was praktische Bedeutung namentlich für die in Kirchen und auf Kirchhöfen befindlichen Monumente[2] hat.

2. Den Eigenthümern liegt Erhaltung zerfallender und Wiederherstellung — durch Brand, andere Unglücksfälle, Alter — zerstörter Gebäude, welche an Straßen oder öffentlichen Plätzen der Städte stehen, ob.[3]

Vernachlässigen sie diese Pflicht, so ist der Stadtmagistrat, und im Falle seines Nichteinschreitens die Polizeibehörde befugt, ein Zwangsverfahren zu betreiben.[4] Dasselbe beginnt mit der Aufforderung an die Hauseigenthümer[5]

18) Vgl. Gesetz vom 25. August 1876, betreffend die Vertheilung der öffentlichen Lasten und die Gründung neuer Ansiedelungen für die sechs östlichen Provinzen und für Westphalen § 13 ff., vgl. § 25 des Gesetzes. Dies Gesetz ist den Ansiedelungen günstiger als frühere Gesetze, insbesondere das vom 3. Januar 1845 § 25 ff. und das Gesetz vom 24. Mai 1853, wonach der Ansiedelnde auch nachweisen mußte, daß er hinlängliches Vermögen zur Ausführung des Baues und zur Einrichtung der Wirthschaft besaß. Ortschaft im Sinne des Ansiedelungsgesetzes ist nicht nur die Stadt- oder Dorfgemeinde selbst, sondern auch ein gesonderter Theil einer Ortschaft, wie auch ein Gebäudekomplex in einem Gutsbezirk, Entsch. des O.V.G. Bd. 5 S. 400. Die Anlegung einer Kolonie außerhalb einer im Zusammenhange gebauten Ortschaft bedarf der Genehmigung des Kreisausschusses. Gesetz vom 25. August 1876 § 18 ff. Vgl. noch Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 47 ff. über Errichtung von Feuerstellen innerhalb 75 Metern von einer mehr als 100 Hektar umfassenden zusammenhängenden Waldung.

1) L. R. I, 8 § 36. R. G. im Justizministerialblatt 1882 S. 151, bei Gruchot Bd. 35 S. 938. Selbstverständlich hat diese Verhinderung nur zu geschehen, wenn der Abtragung öffentliche Interessen entgegenstehen.

2) L. R. I, 8 § 35, siehe auch § 50 der Städteordnung v. 30. Mai 1853. Vgl. l. 41 D. de a. r. d. 41, 1: statuas in civitate positas civium non esse, ... tuendi ergo cives erunt.

3) L. R. I, 8 § 37, § 58, vgl. Strafgesetzbuch § 367 Ziff. 13. Eine Verpflichtung des Eigenthümers, die inneren Theile seines Gebäudes behufs Verhütung von Schaden in baulichem Zustande zu erhalten, wird durch L. R. I, 8 § 37 nicht begründet, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 921 und Bd. 35 S. 147.

4) L. R. I, 8 § 38 ff.

5) Steht das Haus im Miteigenthum, so ist die Aufforderung an sämmtliche Miteigenthümer zu richten. Striethorst Archiv Bd. 8 S. 358.

zur Inangriffnahme des Baues innerhalb entsprechender Frist. Bleibt diese erfolglos, so ist die Obrigkeit befugt, den Bau auf Kosten der Eigenthümer ausführen zu lassen. Können oder wollen dieselben die Kosten nicht vorschießen, so hat die Obrigkeit das Recht — ohne vorhergehende Klage und Verurtheilung —, beim Richter der belegenen Sache die Zwangsversteigerung des baufälligen Grundstücks zu beantragen.[6] Wiederherstellung des Baues ist zur Bedingung des Zuschlages an den Käufer zu machen. Der außerdem erzielte Erlös ist nach Abzug der von der Obrigkeit bereits etwa ausgelegten Ausbesserungskosten den eingetragenen Gläubigern und nach deren Befriedigung dem bisherigen Eigenthümer auszuzahlen. Will Niemand, namentlich auch keiner der Pfandgläubiger, die Wiederherstellung des Gebäudes übernehmen, so ist dasselbe der Kämmereikasse des Ortes zuzuschlagen, welche es schuldenfrei Jedem überlassen kann, der sich zum Bau versteht. Doch haben die Pfandgläubiger und der Eigenthümer bis zu solcher Ueberlassung ein Wiedereinlösungsrecht wider die Kämmereikasse gegen Sicherstellung für die Bauausführung. Sollte aber die Wiederherstellung des Baues durch alle diese Mittel nicht zu bewirken sein, so hat der Magistrat denselben abtragen zu lassen.

Ist durch den baufälligen Zustand des Gebäudes eine Wiederherstellung desselben schlechthin ausgeschlossen, so ist die Polizeibehörde befugt, dasselbe ohne vorgängiges Verfahren abtragen zu lassen, ohne daß hieraus dem Eigenthümer ein Anspruch auf Entschädigung erwächst.[7] [8]

3. Es erhebt sich die Frage, ob die Erhaltung von Gebäuden nur eine öffentlichrechtliche Pflicht ist, oder ob die Nachbarn, welche durch einen Einsturz bedroht werden, ein klagbares Recht auf deren Vornahme haben. Nach römischem Recht konnte bekanntlich der bedrohte Nachbar von dem Besitzer der baufälligen Anlage Schadloshaltung für den Fall ihres Ein-

---

6) Die Vorschriften vom L. R. I, 8 § 40 ff. hält aufrecht Zw. V. Ges. vom 13. Juli 1883, § 180 Abs. 2 Ziff. 4, § 187. Die nach L. R. I, 8 § 45 ff. zulässigen Angebote der Gläubiger sind hiernach nur bei der Versteigerung zulässig.

7) R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 880.

8) Was von Gebäuden bestimmt wird, soll nach L. R. I, 8 § 60 ff. auch gelten, wenn der Besitzer einer in die Steuerregister eingetragenen Rustikalstelle diese der Art verfallen läßt, daß die öffentlichen Abgaben nicht mehr entrichtet werden können, oder wenn er die nothwendigen Gebäude eingehen läßt. Es sollen dann die Rustikalgründe der Ortsobrigkeit zu anderweiter Besetzung oder Vertheilung anheimfallen. Wir nahmen an, daß diese Bestimmungen mit der alten Agrarverfassung, welche sich die Erhaltung der bestehenden bäuerlichen Stellen zum Ziele machte, weggefallen sind. So auch Heydemann Bd. 1 S. 415, Rehbein und Reincke zum § 60; anders Koch zu L. R. I, 8 § 64. Das Zw. V. Ges. vom 13. Juli 1883 aber erkennt in § 180 Abs. 2 Ziff. 4 § 187 die fortdauernde Geltung des § 60 an. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 884 erachtet die Anwendbarkeit auf Gebäude in Landgemeinden als zweifellos.

sturzes, die cautio damni infecti, fordern, und es verlor letztlich der Nachbar, welcher sich der Kautionsstellung weigerte, sein Eigenthumsrecht an der baufälligen Sache zu Gunsten des Antragstellers.[9] Das Landrecht hingegen erwähnt nirgends einen solchen Privatanspruch, da es wohl den obrigkeitlichen Schutz für ausreichend hielt. Da aber nach den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechtes der Eigenthümer verpflichtet ist, seine Gebäude dergestalt in baulichem Stand zu erhalten, daß durch deren Einsturz oder Abfall kein Schade geschieht,[10] so wird er Privaten wie der Stadt[11] ersatzpflichtig, wenn er dies schuldhafterweise versäumte, und der durch die Baufälligkeit des Nachbarhauses Bedrohte kann Vornahme der nöthigen Ausbesserungen fordern, zu diesem Zwecke Klageerheben, nach Umständen Sicherheitsstellung verlangen.[12]

Wiederherstellung zerstörter Nachbargebäude können die Nachbarn nicht fordern.

§ 220. Nachbarrechte.[1] Allgemeine Grundsätze.

1. Bei seinem Schalten innerhalb seines Grundstückes ist der Eigenthümer nicht gehalten, die Interessen seiner Grundstücksnachbarn zu berücksichtigen.[2] Daher ist er berechtigt, auf seinem Grund und Boden so nahe an die Grenze heran und so hoch zu bauen, als er es für gut findet,[3] wenn er auch hierdurch seinen Nachbarn Licht und Aussicht verbaut;[4] es ist ihm nicht verboten, durch Errichtung eines Brunnens oder anderer Anlagen innerhalb seines Gebietes dem Nachbargrundstück das Quellwasser zu entziehen.[5] Ebenso ist er ohne Zustimmung der Nachbarn zur Errichtung

---

9) Dernburg Pand. Bd. 1 § 230 ff.

10) Vgl. L. R. I, 6 § 10 ff. L. R. II, 20 § 765.

11) R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 938. — R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 931.

12) Vgl. Gruchot Bd. 2 S. 70 ff. Es muß die Gefährdung eine gegenwärtige sein. Hiernach beantwortet sich auch die Frage, ob der Nachbar, in dessen Scheidemauer sich Mauerschwamm befindet, zum Bau einer neuen Mauer vom Nachbar gezwungen werden kann. Vgl. unten Bd. 2 § 302 a. E.

1) Das L. R. kennt zwar den Ausdruck „Nachbarrechte" für die gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums zu Gunsten der Grundstücksnachbarn nicht. Derselbe empfiehlt sich aber durch Kürze und Anschaulichkeit. — Von preußischen Schriftstellern, vgl. u. A. Heydemann Einleitung Bd. 1 S. 418 ff., Gruchot Bd. 6 S. 112 ff. Ueber gemeines Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 199 ff.

2) Eine Ausnahme tritt ein, wenn er nur handelte, um den Anderen zu schädigen. L. R. I, 8 §§ 27. 28. Vgl. oben § 35 Anm. 3 und R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 477.

3) L. R. I, 8 § 141. Dies natürlich vorbehaltlich der baupolizeilichen Beschränkungen, oben § 218 bei Anm. 5.

4) l. 9 D. de serv. pr. urb. 8, 2. l. 26 D. de damno infecto 39, 2, . . . quia non debet videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur.

5) L. R. I, 8 § 130, vgl. aber unten § 221 bei Anm. 10 und § 271 zu 2 Abs. 1. l. 21 D. de aqua 39, 3, l. 1 § 12 D. eod. l. 24 § 12 D. de damno i. 39, 2. Die An-

von Scheidewänden an der Grenze berechtigt,[6] andererseits der Regel nach auch bei städtischen Grundstücken und Gärten zur Errichtung solcher Umhegungen nicht verpflichtet.[7]

Neue Thüren, welche unmittelbar an die Grenze stoßen, darf der Grundstückseigenthümer aber ohne Genehmigung des Nachbarn nicht anlegen.[8]

2. An der Grundstücksgrenze findet die Verfügungsmacht des Eigenthümers ihre Schranke. Daher ist er auf Grund seines Eigenthumsrechtes nicht befugt, mit seinen Anlagen die Grenze zu überschreiten oder jenseits derselben Handlungen vorzunehmen. Es dürfen z. B. Erker, Altane, Wetterdächer, Dachtraufen, Firmenschilder, Blitzableiter nicht über die Grenze ragen,[9] Grenzmauern nicht über dieselbe neigen,[10] Fenster und Läden sich nicht in den fremden Luftraum hinein öffnen, endlich Bäume mit ihren Wurzeln und Zweigen in den Nachbarraum nicht herüberwachsen.[11]

---

legung eines Eisenbahntunnels macht hiernach privatrechtlich nicht verantwortlich für die mittelbar sich ergebenden Aenderungen der Wasserläufe; eine Entwässerungsanlage nicht dafür, daß dem Nachbar das Grundwasser entzogen wird, R. G. Bd. 26 S. 224. Vgl. aber L. R. I, 8 § 129; ferner R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 937.

6) L. R. I, 8 §§ 149. 150. Letzterer Paragraph bestimmt freilich, daß die Scheidungen dem Nachbar im Gebrauch seines Eigenthums „nicht hinderlich sein dürfen." Ist hiernach der Nachbar eines Ackerstückes die auf die Grenze gesetzte Mauer soweit zurückzuziehen verpflichtet, daß der Grenznachbar sein Grundstück bis unmittelbar an die Grenze zu bepflügen im Stande ist? Verneint bei Gruchot Bd. 10 S. 98, Striethorst Archiv Bd. 58 S. 260. Man wird in der That nach dem Zusammenhang von §§ 149 und 150 nur ungewöhnliche Behinderungen berücksichtigen können. Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller behaupteten zuweilen, daß man Aecker nur einzäunen dürfe, wenn man das Gartenrecht habe, Berger oec. iur. III, tit. 6. th. 4 n. 4.

7) So Plenarbeschluß d. O. Trib. vom 4. Juni 1860, Pr. 2713 — unter Aufhebung des auf L. R. I, 8 §§ 162 und 167 gebauten Präjudizes 2081 — Entsch. Bd. 43 S. 1. Dies entspricht dem gemeinen Rechte. Die von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern behauptete Verpflichtung zur Einzäunung von Höfen und Gärten besteht nur lokal auf Grund von besonderen Observanzen. Dagegen erkennt L. R. I, 8 § 162 allerdings die Erhaltung bereits angelegter Scheidungen von städtischen Grundstücken und Gärten als eine dem Grundeigenthümer gegenüber dem städtischen Nachbargrundstück aufliegende Pflicht an, welche dadurch nicht erlischt, daß sein ursprüngliches Interesse bei Errichtung der Scheidung aufgehört hat. Präj. des O. Trib. 235, Striethorst Archiv Bd. 82 S. 252. Der Grundeigenthümer kann das Recht auch gegen Dritte geltend machen, welche die Scheidung wegnehmen, R. G. Bd. 2 S. 213. Was ein städtisches Grundstück ist, darüber befindet richterliches Ermessen nach dessen Bestimmung. Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 155. Vgl. noch oben § 67 Anm. 13.

8) L. R. I, 8 § 148.

9) L. R. I, 8 §§ 123. 189.

10) l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5 ist, insofern sie ein Ueberhängen der Scheidemauer bis zu einem halben Fuß als nicht beachtenswerth erklärt, schwerlich preußisches Recht. Den Satz wird man aber entsprechend dieser Entscheidung anzunehmen haben, daß unbedeutende, ohne Verschuldung des Nachbarn entstandene Grenzüberschreitungen, welche keinen in Geld schätzbaren Schaden begründen, nicht schlechthin Veranlassung zu einer a. negatoria geben, daß vielmehr in dieser Hinsicht ein vernünftiges Ermessen des Richters Platz greifen muß. Vgl. noch Paul Kayser das preußische Zaunrecht bei Gruchot Bd. 19 S. 705 ff.

11) L. R. I, 9 § 287.

3. Was insbesondere das s. g. **Ueberhangs- und Ueberfallsrecht** anlangt,[12] so darf der Nachbar überragende Wurzeln und Zweige fremder Bäume eigenmächtig abhauen, wogegen ihm die Auslieferung des abgehauenen Holzes an den Eigenthümer des Baumes obliegt.[13][14] Duldet der Nachbar die überragenden Aeste, so hat er das Recht, sich die an ihnen befindlichen Früchte anzueignen, sofern sie der Eigenthümer des Baumes nicht einsammeln kann, ohne den fremden Boden zu berühren oder die Aeste hinüberzuziehen. Ferner kommt dem Nachbar das Eigenthum der auf seinen Boden überfallenden Früchte zu.[15]

Es ist anzunehmen, daß das besondere Recht die Anwendung der allgemeinen Regel nicht ausschließen kann, wonach dem Nachbar gegenüber überhängenden Bäumen wie gegen andere Grenzüberschreitungen die **negatorische Klage** zusteht, mit welcher er die Freiheit seines Eigenthums zur Anerkennung bringt und Beseitung der durch den Beklagten erfolgten Störung erlangt.[16]

---

12) Vgl. Paul Kayser das preußische Ueberhangs- und Ueberfallsrecht bei Gruchot Bd. 21 S. 69, A. Schmidt d. Recht des Ueberhangs und Ueberfalls 1886 Heft 21 der von Gierke herausgegebenen Untersuch. d. deutschen Rechts.

13) L. R. I, 9 § 288 ff. Vgl. Sachsenspiegel II, 52. L. R. I, 9 § 295 kann analog angewendet werden, Kayser a. a. O. S. 83. Der Eigenthümer, welcher das abgehauene Holz in Anspruch nimmt, wird die Kosten des Abhauens als eine nothwendige Verwendung vergüten müssen. Andere Partikularrechte belassen den Nachbarn die abgehauenen Aeste oder wenigstens die Wurzeln. Hesse Nachbarrecht S. 198 ff. 208.

14) Nach römischem Recht war eigenmächtige Wegnahme nicht gestattet l. 29 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2, l. 6 § 2 D. arbor. furt. caes. 47, 7. l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5, l. 1 C. de interd. 8, 1.

15) L. R. I, 9 § 292 spricht aus, der Nachbar ist die heruntergefallenen „sich zuzueignen befugt." Auch das s. g. Ueberfallsrecht ist bekanntlich dem deutschen Recht eigenthümlich. Grimm Zeitschrift für gesch. R. w. Bd. 3 S. 349, Stobbe d. P. R. § 85. Aeltere Rechte erstreckten das Ueberfallsrecht meist auch auf übergefallene Bäume, dies gilt aber nach L. R. I, 9 § 293 nicht. Kraut Grundriß § 77 n. 12 und 13. Vgl. über die Rechtsverhältnisse des Weiteren L. R. I, 9 § 295 ff.

16) Dagegen hat das O. Trib. im Präj. 2615, Entsch. Bd. 30 S. 431 ff. entschieden: der Eigenthümer eines Grundstückes, in dessen Lufträume Zweige der seinem Nachbar gehörigen Bäume überhängen, ist nicht berechtigt, zu verlangen, daß Letzterer die überhängenden Zweige wegschaffe; der Nachbar ist vielmehr nur verpflichtet zu dulden, daß Jener den Ueberhang aus dem Bereiche seines Eigenthums entferne, darf aber die Auslieferung des abgehauenen Holzes fordern. Uebereinstimmend ist Gruchot Bd. 2 S. 77 ff. Allein aus dem Umstande, daß das Landrecht I, 9 § 288 nur das Recht des Nachbars hervorhebt, die überragenden Wurzeln und Zweige seinerseits abzuhauen, kann sicherlich nicht gefolgert werden, daß dem in der Freiheit seines Eigenthums Verletzten nicht die auf allgemeinen Grundsätzen ruhende Negatorienklage zustehe. Nimmt man, wie dies Viele thun, an, daß der Eigenthümer des Baumes das Abgehauene herausverlangen könne, ohne ihm für die Kosten des Abhauens und der Lagerung Vergütung leisten zu müssen, so wäre nach der Gegenansicht der Nachbar nicht selten fast rechtlos, da das Abhauen z. B. überragender Waldbäume Kosten verursachen kann, welche den Werth der Beschädigung durch deren Ueberwachsen übersteigen. Vgl. andrerseits Anm. 10, wonach unbedeutende Ueberschreitungen, wenn sie ohne Betrieb des Nachbars geschehen, nicht zu verfolgen sind.

4. Durch Anlagen, Handlungen oder Unterlassungen innerhalb seines Grundstücks kann dessen Eigenthümer, auch ohne die Grenze unmittelbar zu überschreiten, die Nachbargrundstücke schädigen, insbesondere dadurch, daß Wasser oder Luft schädliche Stoffe auf sie überführen — s.g. Immissionen.

Doch entspricht es weder der Gerechtigkeit, welche gleiches Recht für Alle fordert, noch der Zweckmäßigkeit, welcher mit einem socialen Krieg der Nachbarn, der hieraus entstehen könnte, nicht gedient ist, dies schrankenlos zu dulden.

Deshalb erklärten die römischen Juristen schädliche durch Luft oder Wasser vermittelte Immissionen für unzulässig, wenn sie das gewöhnliche Maß überschritten, so daß sich der Nachbar gegen sie durch die Negatorienklage schützen konnte.[17]

Im Landrecht ist Derartiges allerdings nicht allgemein ausgesprochen; jedoch hat der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. Juni 1852 die römischen Sätze bezüglich schädlicher Ueberleitungen durch Luft oder Wasser im Wesentlichen aufgenommen.[18]

a) Demnach wird namentlich der Besitzer einer Fabrik haftbar, wenn er durch Dampf, Rauch, erhitzte Luft oder mit schädlichen Stoffen erfüllte Wasser, welche seiner Anstalt entströmen, die Nachbargrundstücke beschädigt. Es bestimmt aber § 26 der deutschen Gewerbeordnung, daß mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Anstalten wegen solcher Einwirkungen nicht zur Einstellung des schadenbringenden Betriebes genöthigt werden können,[19] sondern nur zur Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen, oder wo

---

17) Hiernach war gestattet „fumum non gravem ex foco in suo facere," dagegen bedurfte es einer Servitut, um in balineis vaporibus cuniculum pergentem in Ursi Iulii instruere, also um eine Röhrenleitung, welche die Dämpfe eines Bads in das Nachbargrundstück führte, anzulegen, l. 8 § 5—7. D. si serv. vind. 8, 5. Der Nachbar durfte ferner Wasser zum gewöhnlichen Lebensgebrauch verwenden, auch wenn des Nachbars Wand hierdurch feucht wurde, er durfte diese aber nicht beständig unter Wasser setzen. l. 19 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2.

18) Präj. 2382. Entsch. Bd. 23 S. 252.

19) Den besondern Schutz des § 26 der Gewerbeordnung haben die im § 16 dieser Ordnung aufgeführten konzessionspflichtigen Anstalten. Schmiedewerkstätten gehören hierzu nicht, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 931. — Die Anstalt muß bereits errichtet sein, um den Schutz des § 26 zu erlangen, in Betrieb gesetzt muß sie noch nicht sein. — Zweifelhaft ist, wie die Verurtheilung zu geschehen hat, um erzwingbar zu werden. Rocholl Rechtsfälle Bd. 2 S. 379 empfiehlt, den Klagantrag dahin zu stellen, „den Beklagten zur Schadloshaltung zu verurtheilen, falls er sich nicht während des Verfahrens zur Herstellung bestimmter, entsprechender Schutzvorrichtungen" erbietet. Der Beklagte wäre dann dahin zu verurtheilen, Schadensersatz zu leisten, wenn er die Herstellung der von ihm bezeichneten Schutzvorrichtungen nicht binnen einer hierzu ausreichenden im Urtheil festzustellenden Frist bewirkt hat. Siehe ferner R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 459. — Vgl. unten Bd. 2 § 78 zu 1.

solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betrieb des Gewerbes unvereinbar sind, zur Schadloshaltung. Die Verpflichtung zur Schadloshaltung erstreckt sich bei gewerblichen Anlagen in der Regel auch auf den vor der Klageerhebung bewirkten Schaden, ohne daß es des Nachweises subjektiver Verschuldung des Beklagten bedarf, da derselbe verpflichtet war, den Gebrauch seiner Anstalt so einzurichten, daß die Nachbarn nicht ungebührlicherweise benachtheiligt wurden.[20]

b) Wegen Ueberleitungen außergewöhnlicher und schädlicher Natur, welche nicht in einer obrigkeitlich genehmigten Anlage ihren Grund haben, ist der Grundeigenthümer zur Abstellung der Einrichtung, eventuell zum Ersatz des Interesses bei der Nichtabstellung verbunden.[21] [22] Auch diese Ersatzpflicht ist lediglich durch die objektive Rechtsverletzung bedingt, nicht aber von

20) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 5 und R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 890, 926, 932.

21) Es gehören hierher sehr verschiedene Fälle; z. B. von einer Miststätte aus dringt ätzende Jauche in das Nachbargrundstück oder dasselbe wird durch schädliche überfließende Sammelwasser verderbt. Ausdrücklich bestimmt L. R. I, 8 § 129: „Anlagen, durch welche der vorhandene Brunnen des Nachbars verunreinigt oder unbrauchbar würde, sind unzulässig"; es ist auch hier an außergewöhnliche Anlagen zu denken. — Auch die Nachbarn einer Eisenbahn haben Anspruch auf Erstattung des durch Rauch, Feuerfunken, Dampf der vorbeifahrenden Lokomotiven entstehenden Schadens, was mit Unrecht das Obertribunal, Striethorst Archiv Bd. 7 S. 263 verneint hat, R. G. Bd. 7 S. 266 aber bejaht. Gleiches gilt von Beeinträchtigung durch außergewöhnlich starke Bienenzucht, R. G. Bd. 12 S. 173. Selbst bloße Unterlassungen können in Betracht kommen, z. B. schädliche Miasmen erfüllen die Nachbargrundstücke in Folge der Nichtausschlämmung eines Teiches.

22) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller streiten darüber, ob der Grundstücksnachbar auch wegen übler Gerüche, die vom Nachbargrundstücke herkommen, sowie wegen ungewöhnlichen Lärmes klagberechtigt sei. Dawider u. A. Spangenberg Archiv f. civ. Pr. Bd. 9 S. 270 ff. Hesse Nachbarrecht S. 309, dafür Jhering Jahrb. Bd. 6 S. 111 ff., S. 121. 127, Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 20 und bezüglich des Lärmes R. G. Bd. 6 S. 217. — Förster-Eccius Bd. 3 § 167 Anm. 37 und 38 geben den Anspruch wegen Geruches, nicht wegen Lärmes, „weil hier kein körperliches Eindringen stattfinde." Windscheid stützt sich für die Bejahung darauf, daß die Verbreitung des Geruches mittels Ueberführung von gasförmigen Körpern, die Belästigung durch Lärm mittels der Schwingung von Schallwellen im nachbarlichen Luftraume geschehe. Wir schließen uns dem für ungewöhnliche Belästigungen an. Vgl. R. G. Bd. 16 S. 181. So auch eine Entscheidung des Obertribunals, welche die Anbringung von Luftlöchern, aus welchen sich ekelhafter Geruch über das Nachbargrundstück verbreitete, in einer Grenzmauer für unstatthaft erklärte: Rönne Erg. zu L. R. I, 8 § 25. Doch wird gerade bei Geruch und Lärm — R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 933 — besonders viel auf örtliche Verhältnisse ankommen. Denn wenn z. B. die Errichtung einer übelriechende Dämpfe verbreitenden Fabrik im Mittelpunkte einer glänzenden Stadt als außerordentliche Belästigung der Nachbarn gerechten Grund zur Klage giebt, so kann in einer Anlage gleicher Art, welche in einer entlegenen Industrievorstadt oder gar in einer beträchtlichen Entfernung von menschlichen Wohnungen errichtet ist, etwas Normales und von den Nachbarn zu Duldendes liegen. Einen öffentlichrechtlichen Schutz wegen ungewöhnlichen Lärmes giebt die Gewerbeordnung § 27 den Kirchen, Schulen, Krankenhäusern und anderen öffentlichen Gebäuden im öffentlichen Interesse. Vgl. aber auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 476. Klägerin hatte ihr gottesdienstliches Gebäude selbst dicht an die Werkstätte des Beklagten, von welcher der Lärm drang, herangerückt.

einer dem Beschädigenden zurechenbaren Verschuldung abhängig.[23] Wegen des vor der Klagerhebung entstandenen Schadens haftet er dagegen nur, wenn er denselben voraussehen und verhindern konnte.

4. Richtiger Ansicht nach ist der Nachbar berechtigt, Einstellung von Veranstaltungen, welche den Zusammenbruch seines Grundstückes veranlassen müssen, z. B. in Folge der Unterhöhlung durch einen Steinbruch, zu verlangen, und falls der Schaden bereits geschah, Ersatz zu fordern, wenn ihn der Urheber voraussehen mußte. Die Praxis hat dies noch nicht allgemein anerkannt, weil eine Immission nicht vorliege.[24]

§ 221. Nachbarrecht. Fortsetzung.[1]

Zahlreiche besondere Beschränkungen des Grundeigenthums zu Gunsten der Nachbargrundstücke, welche das Landrecht vorschreibt, stammen aus älterem deutschem Rechte, und zwar vorzugsweise den Gewohnheiten der deutschen Städte. Einst, bei geringerem Grundwerthe, unbedeutende Lasten, welche man zu Gunsten der Nachbarn gern ertrug, wurden sie in Folge des Steigens des Bodenwerthes zum Theil drückend und volkswirthschaftlich schädlich.

1. In einer Reihe von Fällen fordert das Landrecht einen gewissen Abstand der Anlagen des einen von der Grenze oder den Anlagen des andern Nachbars, wobei es den „rheinländischen" oder „preußischen Fuß" oder „Werkschuh" = 0,31385 Meter zu Grunde legt.

So müssen Kloaken, Dünger-, Lohgruben und andere, ätzende Flüssigkeiten verbreitende Anstalten, — auch bloß zeitweilige Anhäufungen solcher Art — 3 Fuß von den bei ihrer Errichtung vorhandenen nachbarlichen Gebäuden entfernt bleiben.[2] [3] Wer seinen Boden erhöhen will, hat — selbstverständlich

---

23) So hat das O. Trib. — Striethorst Arch. Bd. 95 S. 1 ff. — mit Recht in einem Falle entschieden, in welchem Luftzug, Insekten und andere Ursachen Pilze von den im Garten eines Nachbarn vorhandenen Berberizensträuchern auf die mit Roggen bestellten Felder des Nachbars übertragen hatten, wodurch beschädigender Grasrost entstand, ein Schaden, welchen der Gartenbesitzer nicht vorhergesehen hatte. Vgl. ferner R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 889, aber auch Bolze Praxis d. R. G. Bd. 13 S. 55.

24) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 31 ff., S. 263, Bd. 79 S. 132. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 99, siehe aber auch R. G. Bd. 6 S. 261.

1) W. Müller das Baurecht in den landrechtlichen Gebieten 1883. Vgl. über die in älteren deutschen Quellen bezeugten Verbote, insbesondere Sachsenspiegel II, 51 § 1, siehe Stobbe d. Priv. R. Bd. 2 § 86.

2) L. R. I, 8 §§ 125. 127. Von der inneren Wand der Anlagen ab ist zu messen. Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 114. Schon vorhandene Anlagen müssen nicht von später entstandenen Gebäuden oder Bäumen zurücktreten. Präj. des O. Trib. n. 2604. Entsch. Bd. 30 S. 27.

3) Außerdem müssen Gruben dieser Art, selbst, wenn sie sich weiter als 3 Fuß vom Nachbargrundstücke befinden, so ausgemauert werden, daß schädliche Einwirkungen nicht stattfinden können. Vgl. L. R. I, 8 § 126. Diese Pflicht gilt zugleich als eine öffentliche, polizeilich zu erzwingende. Entsch. des O. Trib. Bd. 29 S. 56.

nur wenn dem Nachbar Schaden hieraus erwachsen kann — 3 Fuß entfernt von dessen Verzäunung oder Mauer zurückzubleiben.[4] Entsprechendes gilt von Erniedrigungen des Bodens durch Gräben oder andere Anlagen.[5] Lebendige Hecken müssen anderthalb Fuß von der Grenze,[6] im Boden laufende Rinnen und Kanäle zur Wasserabführung einen Fuß von der Nachbarwand zurückbleiben.[7] Feuergefährliche Oefen dürfen an einer Scheidewand nicht angelegt werden.[8] Auch darf innerhalb 3 Fuß von der Nachbargrenze kein neuer Brunnen angelegt werden.[9]

Insbesondere sollen neu errichtete Gebäude von bereits vorhandenen Gebäuden 3 Fuß, von unbebautem Gelände des Nachbars $1^1/_2$ Fuß zurücktreten, sofern diese Bestimmung nicht durch örtliche Baupolizeiordnungen außer Kraft gesetzt ist, was freilich in Städten meist der Fall sein wird.[10] [11]

---

4) L. R. I, 8 § 185. Läßt der Nachbar die Erhöhung in größerer Nähe ohne ausdrücklichen Widerspruch geschehen, so kann er nur Schadensersatz fordern. § 186.

5) L. R. I, 8 § 187. Vgl. auch Strafgesetzbuch § 367 Ziff. 14.

6) L. R. I, 8 § 174 ff. Vgl. auch L. R. I, 8 § 124, wonach Spaliere fremde Wände nicht berühren sollen.

7) L. R. I, 8 § 128.

8) L. R. I, 8 § 133. Vgl. auch L. R. I, 8 § 122.

9) L. R. I, 8 § 131.

10) L. R. I, 8 §§ 139. 140. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 943. Die Erinnerung an das legitimum spatium der Römer — den ambitus — liegt nahe; auch ältere deutsche Quellen haben Aehnliches, vgl. Stobbe d. P. R. § 86. Einzelnes: 1. Ein „neues" Gebäude im Sinne dieses Gesetzes — denn vgl. oben § 216 Anm. 1 — liegt nicht vor, wenn dasselbe nur dazu dient, ein anderes, z. B. durch Feuer zerstörtes oder baufälliges Gebäude, zu ersetzen. Neubau ist es hingegen, wenn zwar früher bereits ein Gebäude an der Grenze gestanden hat, aber nach dessen Beseitigung dem Platze eine andere Bestimmung gegeben war und in Folge eines neuen Willensentschlusses an derselben Stelle ein Bau errichtet wird. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 11. Mai 1846, Entsch. Bd. 13 S. 27, Präj. 1777 b. Insoweit ferner das neue Gebäude den Raum überschreitet, den ein früheres Gebäude einnahm, liegt ein Neubau vor: Präj. n. 2062, Entsch. Bd. 81 S. 21 ff. 2. Was unter „Gebäude" hier zu verstehen sei, ist zweifelhaft. Ein Gebäude ist jedes nach den Regeln der Baukunst aufgeführte Werk zur Einschließung einer Grundstücksfläche. Insbesondere gehören dahin Wohngebäude, Stallungen, Magazine. Keine Gebäude bilden Grenzmauern, Präj. des O. Trib. 2378. Als Gebäude sieht man ferner nicht an ummauerte Miststellen — Striethorst Archiv Bd. 48 S. 240 — Treppen und Aborte — R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 960 — also unselbständige sowie geringfügige Bauanlagen. 3. Die Entfernung wird nur gemessen bis zur Fachwand selbst. Auf die Dachausladung ist der vorgeschriebene Abstand so wenig zu beziehen, wie auf die Fundamente des Baues, weil der Gebrauch des Lebens, welcher der Auslegung zu Grunde zu legen ist, die Entfernung zweier Gebäude nach der Entfernung ihrer Fachwände mißt. So auch neuere Entscheidungen des O. Trib. Bd. 36 S. 32, Präj. 2690. 4. Gegenüber öffentlichen Straßen ist § 140 nicht anwendbar; hier treten L. R. I, 8 § 66 ff. ein. Vgl. O. Trib. Bd. 71 S. 146.

11) Bezüglich des Stadtkreises Berlin bestimmt die Bau-Polizeiordnung vom 21. December 1886 § 4, daß Gebäude entweder unmittelbar aneinanderstoßen oder mindestens 2,50 Meter Breite von einander entfernt bleiben müssen, wenn die gegenüberstehenden Umfassungswände keine Oeffnungen haben, mindestes 6 Meter aber, wenn Oeffnungen in jenen Wänden vorhanden sind. Entsprechendes gilt für Gebäude an offenen Nachbargrenzen.

2. Außerdem besteht ein besonderes Fensterrecht. Einem Fenster nämlich, welches seit zehn Jahren oder länger vorhanden ist, soll das bisher genossene Licht durch einen neuen Bau nicht völlig entzogen werden. Vielmehr muß jeder Neubau soweit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des unteren Stockwerkes den Himmel erblicken kann, wenn das Behältniß, zu welchem sie gehören, nur durch sie Licht hat. Hat dasselbe noch von einer anderen Seite Licht, so muß der Neubau soweit zurücktreten, daß man noch aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerkes den Anblick des Himmels hat.[12] [13]

---

12) L. R. I, 8 §§ 142. 143. Paris bei Gruchot Bd. 24 S. 75 sieht in dem Fensterrecht eine gesetzliche Servitut, die sich von Rechtswegen an den Ablauf der gesetzlichen Zeit knüpfe. Er will sie daher mit Aenderung der Gesetzgebung, in der sie wurzelt, erlöschen lassen. Die Praxis dagegen sieht in diesem Rechte ein erworbenes, da es durch eine juristische Handlung, nämlich die Ausübung binnen gewisser Zeit, entstand, vgl. L. R. I, 9 § 500. Hieran ist festzuhalten. Erwerbsgrund ist nicht die stillschweigende Einräumung des Rechtes durch den Nachbarn, wie Koch zu L. R. I, 8 § 142 unterstellt, denn der Erwerb des Rechtes ist von dessen Kenntniß unabhängig. Nichtkenntniß wird zwar selten sein, ist aber in Abwesenheitsfällen denkbar. Es liegt vielmehr eine anomale erwerbende Verjährung vor, trotzdem daß guter Glaube und Titel fehlt, und während der Verjährungszeit nur thatsächliche Ausübung, nicht Besitz eines Untersagungsrechts bestand; oben § 174 a. E. So auch Striethorst Archiv Bd. 98 S. 18 ff. Rehbein und Reincke zu § 143 und Förster, gegen ihn aber Eccius Bd. 3 § 170 Anm. 37. Unterbrochen wird diese Verjährung durch Verhinderung des Fenstergebrauchs in der Zwischenzeit, ferner durch Protestation. So auch O. Trib. in Striethorst Archiv Bd. 42 S. 234. Wird die Protestation in das Grundbuch eingetragen, so hemmt sie auch den Wiederanfang dieser Ersitzung. Im Einzelnen ist vieles streitig. 1. Welchen „Behältnissen" kommt das Fensterrecht zu? Da das Gesetz nicht unterscheidet: Räume jeder Art, also insbesondere Zimmer, Speicherräume, Treppen, Flure. So jetzt auch R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 938. Das Obertribunal hat — Striethorst Archiv Bd. 37 S. 245 — Treppen und Hausfluren das Fensterrecht abgesprochen, da sie durch Lichtentziehung nicht völlig unbrauchbar würden. Es ist dies willkürlich. 2. Zu Fenstern gehört jede Lichtöffnung, also auch Bodenluken im Giebel eines Hauses. 3. Das erste Stockwerk ist das unmittelbar über dem Boden oder dem „Souterrain" befindliche, vgl. Striethorst Archiv Bd. 55 S. 360. 4. Die Bestimmung, daß man den Himmel müsse sehen können, ist so auszulegen, daß aus dem ungeöffneten Fenster ein mittelgroßer Mensch in ungezwungener Stellung den Himmel sehen kann, da das gewöhnliche Leben mit seinen Durchschnittsanforderungen zu Grunde zu legen ist. Ein Plenarbeschluß des O. Trib. vom 9. December 1839, Entsch. Bd. 5 S. 166 ff., erachtete es aber als genügend, wenn dem Nachbar auf irgend eine Weise und in irgend einer Stellung möglich sei, aus dem ungeöffneten Fenster den Himmel zu sehen! R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 929 dagegen bezieht dies, indem es die generelle Richtigkeit des Plenarbeschlusses dahingestellt läßt, auf solche Stellungen, die den Gewohnheiten der Menschen entsprechen; denn „Verrenkungen des Körpers habe der Gesetzgeber keinenfalls im Sinne gehabt". So auch Bolze Praxis des R. G. Bd. 13 n. 54. 5. Der im § 143 vorausgesetzte Thatbestand ist auch vorhanden, wenn in dem verdunkelten Behältniß nach der Seite des Neubaues neben den verbauten Fenstern sich noch unverbaute befinden, R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 939, Bolze Praxis des R. G. Bd. 13 n. 53. 6. Man hat die Behauptung aufgestellt, daß ein Behältniß, welches nur durch eine Glasthür aus einem vorliegenden Zimmer Licht von anderer Seite erhalte, im Sinne des Gesetzes kein Licht habe. Dies ist unrichtig. Es genügt, daß der Raum die für seinen Gebrauch nöthige Helle von anderer Seite hat. Ob dasselbe unmittelbar aus einer an das Freie stoßenden Wand eingelassen wird oder aus einem Vorgemach, ist

3. In Folge eines — zahlreichen deutschen Partikularrechten gemeinsamen — Satzes kann man fordern, daß Fenster und andere Oeffnungen, welche der Nachbar in einer unmittelbar an seinen Hof oder Garten stoßenden Wand anlegen will, wo es die Umstände gestatten, mindestens 6 Fuß über dem Boden des Behältnisses, in welchem sie sich befinden, angebracht und daß sie in allen Fällen vergittert werden.[14]

---

gleichgültig, vgl. R. G. Bd. 2 S. 196. 7. Sehr zweifelhaft ist, ob das Fensterrecht den geringeren Umfang nur hat, wenn im Behältnisse andere Fenster vorhanden sind, oder auch wenn die Möglichkeit besteht, solche auf einer anderen Seite anzulegen. Wir halten das Letztere für das Richtige, wie denn auch Suarez äußert: wenn der Nachbar sich noch auf andere Weise helfen kann, so darf eine bloße Unbequemlichkeit oder ein nicht sehr beträchtlicher Nachtheil desselben den Bauenden in dem freien Gebrauche seines Eigenthums nicht hindern. Anderer Ansicht Koch zu L. R. I, 8 § 143. O. Trib. Entsch. Bd. 80 S. 267, vgl. aber Paris a. a. O. Bd. 24 S. 67. 8. Warum, wie Manche annehmen, z. B. bei Gruchot Bd. 4 S. 80, das Fensterrecht nur gegenüber Neubauten, nicht aber gegenüber Erhöhungen bestehender Gebäude eintreten solle, ist unerfindlich. Für die Anwendung des Fensterrechts auch in diesem Falle Pl. Beschl. d. O. Trib. n. 1777 c. Entsch. Bd. 13 S. 27 ff. 9. Es genügt ein s. g. Lichtschacht, Entsch. Bd. 78 S. 16. 10. Darf der Nachbar die Fenster des Nachbarn durch Anhäufung von Materialien dauernd verdunkeln? Hierin läge ein unzulässiger Eingriff in das erworbene Lichtrecht. Umgekehrt hindern solche dauernden Anhäufungen vor den Fenstern während der Verjährungszeit richtiger Ansicht nach den Erwerb des Fensterrechts. Anders Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 63, Striethorst Archiv Bd. 95 S. 331. 11. Das Fensterrecht gilt nicht in Berlin, Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 73, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 676.

13) Ueber gemeines Recht vgl. Stölzel Fensterrecht im Archiv f. c. Pr. Bd. 52 S. 206 ff.

14) L. R. I, 8 § 138. Heydemann Bd. 1 S. 436 ff. Vgl. Gerber § 87 n. 5. Beseler § 93. Einzelnes: 1. Das Gesetz setzt eine unmittelbar an das Nachbargebiet stoßende Wand voraus. Das Obertribunal nimmt dies bei der Singularität der Bestimmung wörtlich, so daß ein noch so geringer Abstand genügt, um der Anwendung derselben sich zu entziehen. Entsch. des O. Trib. Bd. 27 S. 42. Präj. n. 2471, vgl. auch Präj. n. 975. Dagegen tritt die gesetzliche Beschränkung ein, wenn auch nur der untere Theil der Wand unmittelbar an der Grenze steht, der Theil derselben aber, in welchem die Fenster angebracht sind, zurückgezogen ist; R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 939. 2. Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf Fenster, welche den Einfall des Lichtes bezwecken, sondern auch auf andere Oeffnungen, z. B. zur Verschaffung des Luftzuges. Dies ihrem Zwecke nach. Daß die Bestimmung unter dem Marginal steht „vom Licht und von der Aussicht", kann hiergegen nicht in Betracht kommen; oben § 10 Anm. 3. 3. Was im Sinne des Gesetzes Hof und Garten sei, ist nicht leicht zu bestimmen. Unter Hof verstehen wir einen, dem Gemeingebrauch des Publikums nicht offenstehenden, zu wohnlichen und wirthschaftlichen Zwecken bestimmten Raum, befinde er sich bei einem Gebäude oder diene er selbständig dem Besitzer; unter Garten ein mit Gewächsen bepflanztes, besonders umfriedetes Land, auch wenn es nicht Zubehör eines Gebäudes ist. Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 381. Striethorst Archiv Bd. 24 S. 32. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 429. 4. Der sechsfüßige Abstand des Fensters vom Zimmerboden ist nur erfordert, wenn die Höhe des Behältnisses einen solchen verstattet und wenn die so angebrachten Fenster eine vollständige Beleuchtung herbeiführen. Ulrichs Archiv Bd. 10 S. 66 ff. Ob die Beleuchtung vollständig genügt, hat der Richter nach den Umständen des Einzelfalls unter Beachtung der besonderen Bestimmung des Gemaches zu beurtheilen, R. G. Bd. 5 S. 229. 5. Das Fensterfutter ist bei der Messung der 6 Fuß nicht mitzurechnen, Striethorst Archiv Bd. 10 S. 309. 6. Die Vergitterung der Fenster hat auch

4. Die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz erklärte Anlagen, welche einer Windmühle den Wind entziehen würden, für unzulässig, da diese obrigkeitlich genehmigten gemeinnützigen Anstalten besonderen Schutz zu verdienen schienen.[15] Das Landrecht, sich dem anschließend, verbot es, den Windmühlen durch Anpflanzung hoher Bäume den nöthigen Wind zu benehmen.[16] Hierdurch wollte man wohl nur Zweifel hinsichtlich der Baumpflanzung erledigen, da man die Unstatthaftigkeit der Errichtung von Gebäuden als selbstverständlich voraussetzte. Die preußische Jurisprudenz hat die Bestimmung jedoch als Sondervorschrift behandelt und deren Anwendung auf Gebäude somit verworfen.[17] [18] In Folge Einführung der Gewerbefreiheit wurde durch Verordnung vom 18. November 1819 der landrechtliche Schutz für alle nach dessen Inkrafttreten entstandenen Windmühlen beseitigt.

5. Von manchen Schriftstellern wird das sogenannte Hammerschlagsrecht als gemeinrechtlich betrachtet, d. h. die Verpflichtung zu dulden, daß der Nachbar behufs Wiederherstellung einer ihm gehörigen Anlage unser Grundstück betrete.[19] Im Landrechte ist dieses Recht nur in einer einzelnen Anwendung — in Bezug auf Bauen und Wiederherstellung von Planken — anerkannt.[20]

---

da einzutreten, wo jener Abstand vom Boden nicht erfordert wird (§ 138 verb. „in allen Fällen"). Keineswegs aber kann sie verlangt werden, wenn vertragsmäßig „freie Aussicht" bewilligt wurde. 7. Die Einschränkungen finden keine Anwendung, wenn das neue Haus nur an die Stelle eines früheren trat, soweit dasselbe von dieser Beschränkung frei war. Dies auch, wenn die neuen Fenster größer sein sollten, als die alten. Aehnlich Striethorst Archiv Bd. 65 S. 314 und 316.

15) Man wendete die l. ult. § 1 C. de servit. 3, 34, wonach der Nachbar der Dreschtenne seines Nachbars den Luftzug nicht benehmen durfte, auf Windmühlen an, mindestens wenn sie mit obrigkeitlicher Koncession errichtet waren. Pufendorf obs. IV, n. 32. Bülow und Hagemann Erört. Bd. 4 n. 2 S. 16. Dagegen erklärten sich die neueren Romanisten, u. A. Vangerow Bd. 1 § 297 unter 6, was um so mehr Anklang finden mußte, als die Begünstigung der Windmühlen unter den jetzigen Verhältnissen keinen rechten Grund mehr hat.

16) L. R. II, 15 § 247.

17) Plenarbeschluß vom 26. August 1839. Entsch. des O. Trib. Bd. 5 S. 67 ff. Auch Störung durch benachbarten Eisenbahnbetrieb kommt daher nicht in Betracht.

18) Dagegen entschied Plenarbeschluß vom 2. April 1849, Entsch. Bd. 17 S. 36 — Präj. 2112 —, daß die Bestimmung nicht, wie ein früheres Erkenntniß, Präj. 847, erkannt hatte, bloß Anwendung finde, wenn die Bäume bereits bei ihrer Anpflanzung der Windmühle den Wind benahmen, sondern auch wenn dies durch ihr Heranwachsen geschah. In der That hätte die entgegengesetzte Auffassung die Bestimmung illusorisch gemacht.

19) Buddäus im Rechtslexikon Bd. 4 S. 455. Dagegen u. A. Hesse Nachbarrecht S. 553.

20) L. R. I, 8 § 155. Ausdehnung auf Reparaturen anderer Art ist nicht gerechtfertigt, da die Gewährung des Zutrittes zur Befestigung der Planken eine geringere Last bildet, als die Pflicht, die Aufstellung eines Baugerüstes und die Wiederherstellung des reparaturbedürftigen Nachbargebäudes von unserem Boden aus zu verstatten.

Die Geltendmachung aller dieser Nachbarrechte — sog. Legalservituten — ist Sache des Eigenthümers des Grundstücks, zu dessen Gunsten sie gereichen. Ihm steht behufs ihrer Verwirklichung eine dingliche Klage zu. Auch am herrschenden Grundstück Nutzungsberechtigte, wie Nießbraucher, Pächter, Miether, können diese Klage anstellen. Selbst der redliche vollständige Besitzer, z. B. ein Käufer, dem noch nicht aufgelassen ist, ist zu derselben berechtigt. Verzicht des Einspruchsberechtigten behindert ihn aber in der Geltendmachung der Einschränkung.[21] Ein stillschweigender Verzicht liegt für die Regel in wissentlichem Geschehenlassen der Anlage ohne Erhebung eines Widerspruches.[22] Durch den Verzicht wird zu Gunsten des Nachbargrundstücks, welchem derselbe zu Gute kommen soll, eine Grundgerechtigkeit begründet. Dieselbe wirkt also gegen spätere Erwerber des Grundstücks des Verzichtenden ohne Eintragung, selbst wenn sie beim Erwerb keine Kenntniß desselben hatten.[23] Auch durch Verjährung kann das Recht erworben werden, eine dem Nachbarrecht entgegenstehende Anlage zu haben,[24] sofern es sich nicht zugleich um ein auf dem öffentlichen Nutzen beruhendes Verbot handelt.[25]

III. Miteigenthum.[1]

§ 222. Einleitung.

Eigenthumsrecht an derselben Sache oder demselben Rechte kann Mehreren zusammen zustehen. Das Recht eines Jeden ist dann zwar seiner Anlage nach auf die Totalherrschaft über das Ganze gerichtet, gestaltet sich jedoch durch die Konkurrenz zu einem bloßen Theilrechte.[2] Dies Verhält-

---

Vgl. Gruchot Bd. 13 S. 571. So auch das O. Trib., Entsch. Bd. 60 S. 24. Striethorst Archiv Bd. 71 S. 351; anderer Ansicht Koch zu § 155. Heydemann Bd. 1 S. 448. Zu gestatten ist also in der Regel das Betreten des Nachbargrundstückes zum Zweck der nothwendigen Wiederherstellung eines Baues oder einer Anlage nur, sofern die Voraussetzungen einer nothwendigen Servitut nach L. R. I, 22 § 3 vorliegen. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 22 ff. und unten § 297 bei Anm. 21. — Es gehört hierher auch die Bestimmung des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 § 23 a. E. über vorübergehende Benutzung.

21) Die Eintragung des Verzichtes auf Geltendmachung von Nachbarrechten im Grundbuche ist zulässig, auch wenn sich derselbe zum Verzicht auf Schadensansprüche gestaltet, die aus dem Betriebe einer Fabrik oder einer Eisenbahn entspringen könnten, Entsch. des Kam. G. Bd. 3 S. 133, unten § 299 Ziff. 1.

22) L. R. I, 22 § 43 ff., vgl. unten § 299 Ziff. 1. Anderer Ansicht jedoch nur für das Fensterrecht R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 998. — Siehe auch oben Anm. 5.

23) L. R. Anhang § 58 zu I, 22 § 18, E. E. Ges. § 12 Abs. 2, Bolze Praxis des R. G. Bd. 13 n. 51.

24) Vgl. L. R. I, 22 § 50, unten § 299 Anm. 7. Gruchot Bd. 7 S. 379.

25) Vgl. oben Anm. 4.

1) L. R. I, 17 § 1 ff. I, 8 §§ 14, 15. Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem A. L. R., Halle 1864. Plathner Antheilsrechte bei Gruchot Bd 22 S. 583.

niß wird vom Landrechte gemeinschaftliches Eigenthum, in neuerer Zeit meist Miteigenthum genannt.

Den Römern galt solche Weise der Sachbeherrschung nur als ein Ausnahmezustand, welcher, durch vorübergehende Beziehungen hervorgerufen, möglichst bald in das Alleineigenthum auszulaufen hat. Es tritt dies besonders in dem römischen Satze hervor, daß ein die Theilung schlechthin ausschließender Vertrag unverbindlich ist.[3] Dagegen ist im deutschen Rechte das Miteigenthum häufig nicht eine bloß vorübergehende, sondern die dauernde Weise der Benutzung der Sachgüter. Daher ist hier umgekehrt vielfach das Recht der einzelnen Genossen auf Theilung von Rechtswegen ausgeschlossen. Diese Verschiedenheit der Grundanschauung in beiden Rechten hat auch eine wesentlich abweichende Behandlung des Einzelnen bedingt.

Das römische Recht kennt nämlich nur Individualrechte der einzelnen Miteigenthümer, welche möglichst unabhängig gestaltet sind. Demnach kann Jeder der Miteigenthümer die Sache nach Maßgabe seines Theilrechtes selbständig veräußern, zum Nießbrauch geben, verpachten, verpfänden, vindiciren, ohne daß die übrigen Miteigenthümer, deren Anrechte hierdurch nicht geschmälert wurden, zur Einsprache berechtigt waren. Auch hatte Jeder ein selbständiges Recht auf Benutzung der gemeinsamen Sache und Aneignung seiner Quote des Fruchtertrages. Dagegen konnte Keiner einseitig der Art über die Sache verfügen, daß er zugleich in das Recht der Miteigenthümer eingriff, was zur Folge hatte, daß Veränderungen der gemeinsamen Sache ohne die Zustimmung aller Theilhaber nicht möglich waren. Diese Behandlung des Verhältnisses hätte zur Desorganisation führen müssen, wenn nicht in Rom jeder Theilhaber jeder Zeit hätte Theilung fordern können. Damit aber wurden alle Genossen stets vor die Wahl gestellt, sich über die entsprechenden gemeinsamen Maßregeln zu einigen oder Auflösung der Gemeinschaft zu gewärtigen. Mit anderen Worten: thatsächlich waren die Miteigenthümer, so lange die Gemeinschaft ihnen von Vortheil war, durch die Zulässigkeit der Theilungsklage genöthigt, sich von Fall zu Fall zu vertragen.

Der Anlage des deutschen Rechtes entsprach es nicht, nur mittelbaren Zwang zur Verständigung auszuüben, anstatt unmittelbar für Ordnung der Verhältnisse Sorge zu tragen. Eine solche war aber unumgänglich für die

---

2) Oben § 181 z. Anf.; unten § 224 Anm. 16. Manche gemeinrechtliche Schriftsteller bezeichnen als getheilt „den Werth der Sache". Doch dieser ist nichts selbständiges, vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 195 über die verschiedenen Auffassungen.

3) l. 5 C. comm. divid. 3, 37. l. 14 § 2 D. comm. divid. 10, 3. Eine Ausnahme enthält l. 19 § 1 D. eod.

Fälle, in welchen die Gemeinschaft nach Gesetz oder Vertrag nicht einseitig aufgelöst werden konnte. Daher ist das deutsche Recht bestrebt, bei den Verhältnissen des Miteigenthums regelmäßig eine Vertretung der Gesammtheit in irgend einer Form aufzustellen.[4]

§ 223. Die Rechtsstellung der Miteigenthümer.

1. Für die heutigen Miteigenthumsverhältnisse gelten je nach ihrer besonderen Art sehr verschiedene Rechtssätze. Es ist hierbei von Gewicht, ob es sich um Miteigenthum an einer einzelnen Sache oder an einem Gesammtvermögen handelt, nicht weniger ob eine zufällige, vorübergehende Gemeinschaft oder eine auf die Dauer angelegte planvolle Verbindung in Frage steht. Namentlich sind die Verhältnisse der Handelsgesellschaften, der Gewerkschaften, der Rhedereien, das aus gemeinsamer Erbfolge, wie das aus ehelicher Gütergemeinschaft entstehende Miteigenthum ihrer Eigenart entsprechend besonders geordnet. Manche Gemeinheiten, z. B. Allmenden, Holzgenossenschaften, haben durch Gesetz, Statut oder Herkommen Regelung gefunden. Nur soweit solche besondere Ordnungen nicht eingreifen, treten die Vorschriften ein, welche das Landrecht aufstellt. Dieselben beziehen sich zunächst auf gemeinschaftliche Sachen; aber auch gemeinsame Rechte, z. B. Forderungsrechte[1] sind mitbetroffen.

2. Hiernach hat der Wille der Gesammtheit über die Substanz der gemeinschaftlichen Vermögensgegenstände sowie über die Art ihrer Verwaltung und Benutzung zu bestimmen.[2]

Und zwar wird dieser Gesammtwille in der Regel durch Mehrheitsbeschlüsse festgestellt, wobei das Stimmenverhältniß nach der Größe der Antheile berechnet wird.[3] Der Mehrheitsbeschluß kann durch die Minderheit

4) Bekanntlich glauben viele Germanisten das Verhältniß des gemeinschaftlichen Eigenthums in seiner deutschrechtlichen Gestaltung mit dem besonderen Namen „Gesammteigenthum" bezeichnen zu müssen. So Eichhorn Einl. § 168. Beseler § 38, vgl. Stobbe d. P. R. Bd. 2 § 82 Anm. 23 ff. Dagegen u. A. Gerber § 77. Soll damit nur gesagt werden, daß die römische Theorie, wonach der Konflikt der mehreren Eigenthümer durch die sogenannte intellektuelle Theilung und die Theilungsklage allein gelöst wird, für unser gemeinschaftliches Eigenthum nicht ausreicht, daß vielmehr ein Gesammtwille geschaffen wird, so ist der Begriff des Gesammteigenthums nicht unbegründet. Doch ist es vorzuziehen, da sich vielfach an diese Bezeichnung unklare Vorstellungen knüpfen, die Bezeichnung Miteigenthum beizubehalten, und nur anzuerkennen, daß dasselbe eigenthümlich gebildet ist. Ueber mittelalterliche Auffassungen siehe Stobbe d. P. R. Bd. 2 § 81 und dort Citirte.

1) Gegen die Ansicht von Förster, daß ideelle Antheile an einer Forderung logisch unmöglich seien, ist auch Eccius bei Förster Bd. 3 § 182.

2) L. R. I, 17 § 10. Für Verpflichtungen, welche die Miteigenthümer bezüglich der gemeinschaftlichen Sache übernehmen, z. B. aus deren Verkauf, haften sie gemeinschaftlich, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 114.

nicht aufgehalten werden, wenn er die Erhaltung der gemeinsamen Sache bezweckt, oder, wenn die Theilhaber über die Nothwendigkeit einer Veränderung einig sind und die Minderheit nur hinsichtlich der Art ihrer Ausführung abweichender Ansicht ist.[4] In allen anderen Fällen aber ist die überstimmte Minderheit befugt, die Aufhebung der Gemeinschaft mit der Folge zu verlangen, daß bis zu beendeter Auseinandersetzung keine Veränderung vorgenommen werden darf. Wäre die Minderheit jedoch, überhaupt oder zeitweilig, zum Antrage auf Theilung nicht berechtigt, so kann sie zur Abwendung ihrer Benachtheiligung Untersagung durch Richterspruch fordern. Der Mehrheitsbeschluß ist aufrecht zu erhalten, wenn der Gesammtheit die angefochtene Verfügung vortheilhaft ist, falls der Minderheit durch dieselbe kein Nachtheil erwächst oder Schadloshaltung gesichert wird.[5]

Die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache geschieht der Regel nach durch alle Theilnehmer gemeinschaftlich, doch kann auf Grund von Mehrheitsbeschlüssen die Sache auch durch einen Administrator verwaltet oder für gemeinschaftliche Rechnung verpachtet werden.[6]

Da somit im preußischen Rechte für die Gesammtinteressen der Miteigenthümer ein Gesammtwille geschaffen wird, so nähert sich das Verhältniß zwar dem der juristischen Person in einiger Hinsicht.[7] Immerhin handelt es sich aber beim Miteigenthum um ein Mehreren zusammen zustehendes Recht, während die juristische Person als Einzelsubjekt Alleineigenthum hat. Die Aehnlichkeit rechtfertigt also keineswegs eine Identificirung.

3. Die Sonderrechte der Miteigenthümer — sog. Individualrechte — reichen soweit, als mit den Rechten der übrigen Theilhaber vereinbar ist. Ihr Gebiet wurde durch die Praxis erweitert. Sie bemessen sich nach bestimmten oder noch zu bestimmenden Antheilen — Quoten —, welche nach gesetzlicher

---

3) L. R. I, 17 §§ 12, 21 und 22. Bei Stimmengleichheit soll der Streit durch Schiedsgericht und, wenn sich die Parteien auch hierüber nicht einigen können, durch den ordentlichen Richter entschieden werden. L. R. I, 17 §§ 23. 24. Stimmenmehrheit entscheidet auch, wenn in Auseinandersetzungssachen Mitberechtigte ein gemeinsames Interesse haben. V. vom 20. Juni 1817 § 82 ff.

4) L. R. I, 17 §§ 19. 20.

5) L. R. I, 17 § 13 ff. Ob der Beschluß bereits ausgeführt ist, oder nicht, kommt nicht in Betracht. Vgl. noch Berggesetz § 115, unten § 268 Ziff. 3.

6) L. R. I, 17 § 36 ff. Auch an einen Miteigenthümer kann die Verpachtung erfolgen, R. G. im Justizministerialblatt 1881 S. 278.

7) Förster-Eccius Bd. 3 § 182 vermeinen, es lägen hier nur einzelne Vorschriften praktischer Nützlichkeit vor, und man müsse sich hüten, denselben gleich grundsätzliche Bedeutung beizulegen. Solche Vorschriften kennzeichneten sich in der Regel schon dadurch, daß sie nur auf einzelne Fälle und Fragen, nicht auf das ganze Rechtsinstitut sich bezögen, und dies sei hier der Fall. — Es soll nicht geleugnet werden, daß die praktische Nützlichkeit die Veranlassung zur Abweichung des preußischen vom römischen Rechte gab, aber sie führte eben zu einer neuen rechtlichen Gestaltung des Verhältnisses.

Vermuthung im Zweifel gleich große sind.[8] Die Theilhaber haben keineswegs stets ein selbständiges Verfügungsrecht an jedem einzelnen zu der Gemeinschaft gehörigen Gegenstande.[9]

Im Einzelnen treten die Sonderrechte, wie folgt, hervor:

a) Der Regel nach ist jeder Miteigenthümer zum Mitbesitz der gemeinsamen Sache berechtigt. Ist solcher Mitbesitz, wie bei beweglichen Sachen regelmäßig, nicht möglich, so hat Anspruch auf die ausschließliche Gewahrsam, wer den größeren Antheil an der Sache hat, wenn aber die Antheile gleich sind, derjenige, für welchen das Loos entscheidet.[10]

b) Jeder Miteigenthümer hat Anspruch auf einen entsprechenden Theil der Nutzungen, welche die gemeinsame Sache abwirft.

Nur ausnahmsweise ist hierbei möglich, daß Jeder seinen Theil der Nutzungen selbständig aus der gemeinsamen Sache entnimmt. In der Regel bedarf es einer Verwaltung, welche die Reinerträgnisse nach Abzug von Kosten und Lasten unter die Miteigenthümer vertheilt.[11] Jeder Theilhaber kann von dem Verwalter Rechnungsstellung fordern.[12]

Bei untheilbaren, in Geld nicht umzusetzenden Nutzungen, z. B. aus einem gemeinsamen Rechte auf einen Kirchstuhl, tritt für die Regel Wechsel des Genusses unter den Theilhabern ein.

c) Dem einzelnen Miteigenthümer stehen Klagen doppelter Art offen. Er kann seinen Besitz und sein Recht an seinem Antheil klagend geltend machen.[13] Außerdem ist er befugt, durch possessorische und petitorische Rechtsmittel der Gemeinschaft zukommende Rechte zu Gunsten der Gemeinschaft einzuklagen, selbst ohne Mitwirkung der Genossen. Insbesondere kann er die gemeinsame Sache ganz vindiciren, ferner konfessorisch und negatorisch klagen, z. B. zur Abwehr einer angemaßten Servitut oder zur Geltendmachung einer

---

8) L. R. I, 17 § 2.

9) Vgl. unten Bd. 3 § 239 z. Anf. und 238 bei Anm. 4.

10) L. R. I, 17 §§ 25. 26 ff., vgl. II, 4 §§ 19. 20. Verwandte Bestimmungen enthält l. 5. l. 6 D. fam. ercisc. 10, 2 über die Frage, bei welchem der Miterben die erbschaftlichen Schuldverschreibungen bleiben sollen.

11) L. R. I, 17 §§ 44. 45. Nach römischem Rechte hatte, wie oben § 222 bemerkt, jeder Theilhaber die Befugniß, sich den auf ihn entfallenden Theil der Früchte selbst anzueignen, was freilich von Fall zu Fall ein Einvernehmen der Theilhaber voraussetzt, wenn nicht Streit entstehen sollte, l. 25 pr. D. de usuris 22, 1: fructus, quos perceperit, non majore ex parte suos facit, quam ex qua dominus praedii est.

12) Unten Bd. 2 § 184 zu b.

13) Ueber die Frage, ob der einzelne Miteigenthümer seinen Antheil an einer gemeinsamen Forderung gegen den Schuldner selbständig einklagen kann, vgl. unten Bd. 2 § 51, aber auch R. G. Bd. 20 S. 313.

an die gemeinsamen Sache geknüpften Gerechtigkeit.[14] [15] Selbständig verklagt werden kann jeder Einzelne nur zu seinem besonderen Antheile.[16]

d) Jeder Miteigenthümer ist befugt, seinen Antheil zu veräußern und zwar auch an Fremde.[17] Jedoch hat Jeder der Miteigenthümer[18] Fremden gegenüber das Vorkaufsrecht. Machen mehrere Gemeinschafter auf dasselbe Anspruch, so trifft unter ihnen der Ausscheidende die Wahl. Als gesetzliches Vorkaufsrecht wirkt dasselbe bei Grundstücken auch ohne Eintragung in das Grundbuch gegen Dritte.[19] Können und wollen die übrigen Gemeinschafter auf Theilung sofort antragen, oder vermögen sie einen aus der Person des Fremden für sie entstehenden Nachtheil nachzuweisen, so können sie, ohne Ausübung des Vorkaufsrechtes, gegen die Veräußerung dann Einspruch erheben, wenn die Gemeinschaft entweder durch einen Vertrag entstand, der bloß die fragliche Sache zum Gegenstande hatte, oder auf Verordnung eines Dritten beruhte.[20]

Jedem Miteigenthümer steht auch die Veräußerung der auf seinen Antheil entfallenden Nutzungen frei.[21]

Verpfänden kann jeder Miteigenthümer seinen Antheil, soweit er zur Veräußerung desselben an Fremde befugt ist,[22] ohne Unterschied, ob der Antheil ein bestimmter, oder ein noch unbestimmter und noch nicht ausscheidbarer ist. Auch als Gegenstand der Zwangsvollstreckung kann der Antheil des Ein-

---

14) So R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 948, Bd. 30 S. 441 im Anschluß an die feststehende Praxis des Obertribunals. Anders Eccius bei Förster Bd. 3 § 182 Anm. 43. Eccius bestreitet dem einzelnen Miteigenthümer die Aktivlegitimation, weil das ihm ungünstige Erkenntniß keine Rechtskraft gegenüber den anderen Miteigenthümern habe; denn Niemand brauche sich eine Klage gefallen zu lassen, bei der er nicht durch erfolgreiche Abwehr des Angriffes ein Judikat erstreiten könne, das ihn gegen Wiederholung des Angriffes sicher stelle. De lege ferenda läge hierin ein erheblicher Zweifelsgrund. Einer entschiedenen Praxis gegenüber kann dieser Einwand wohl nicht durchgreifen.

15) Einräumung eines Nothwegs können einzelne Miteigenthümer eines Grundstücks, welches sich in Noth befindet, nicht fordern, da dieselbe nur gegen Belastungen des Grundstücks zu geschehen hat, welche bloß die Gesammtheit einräumen kann, R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 440.

16) Vgl. aber oben Anm. 2. Ist einer der Miteigenthümer allein im Besitz und ist, wie bei der Vindikation, die Passivlegitimation an den Besitz geknüpft, so ist er natürlich der richtige Beklagte, vorbehaltlich seines Rechtes zur laudatio autoris, unten § 246 bei Anm. 7. Um die Zwangsvollstreckung wegen einer Hypothek in das Grundstück als Ganzes zu betreiben, muß die Forderung gegen alle Miteigenthümer vollstreckbar sein.

17) L. R. I, 17 § 60 ff.

18) Dies, auch wenn nur ein Miteigenthümer da ist, O. Trib. Entsch. Bd. 14 S. 260. Das Vorkaufsrecht besteht nicht für Schiffsparten, H. G. B. Art. 470, und Bergwerkskuxe, Berggesetz § 104.

19) E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 12. Jedoch ist hierbei vorausgesetzt, daß das Miteigenthum aus dem Grundbuche zu ersehen war, oder daß der Dritte die Beschränkung kannte, vgl. L. R. I, 20 § 574. Turnau G. B. O. Bd. 1 zu § 12 des E. E. G.

20) L. R. I, 17 § 66 ff.

21) L. R. I, 17 § 70.

22) L. R. I, 17 § 69, E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 21. Vgl. noch § 224 Anm. 9.

zelnen dienen. Handelt es sich um einen Antheil an Grundstücken, so kann derselbe daher, mag er bestimmt oder unbestimmt sein, Gegenstand einer Zwangshypothek für die vollstreckbare Forderung werden.[23] Zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung kann er aber nur gestellt werden, wenn er ein bestimmter ist.[24]

4. Jeder Miteigenthümer haftet den Genossen wegen mäßigen Verschuldens.[25] Desgleichen ist jeder nach Verhältniß seines Antheiles zur Tragung der Lasten und Erhaltungskosten verpflichtet. Er kann hierzu von demjenigen im Wege der Klage angehalten werden, welcher die Auslage berechtigterweise machte.[26] Die Ansprüche der Theilhaber gelten als auf dem Antheil des Verpflichteten ruhend,[27] sie mindern denselben, auch können die Theilhaber im Fall der Nichtleistung des Geschuldeten Uebereignung seines Theilrechts gegen die gerichtliche Taxe fordern.[28] Der Verlust kann

23) E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 21. Vgl. unten § 328 bei Anm. 8.

24) Das E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 43 Abs. 2 bestimmt: haftet die Hypothek oder Grundschuld nur auf einem Antheil des Grundstückes, so kann nur der Antheil zur Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung gestellt werden. Es ist hiernach die Behauptung von Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 68 unrichtig, daß das geltende Recht die Zwangsverwaltung eines ideellen Antheiles nicht kenne. Durch das Zw. V. Gesetz vom 13. Juli 1883 ist in dieser Hinsicht nichts geändert. Voraussetzung für die Zwangsversteigerung ist anerkanntermaßen, daß es sich um bestimmte Antheile handelt; das Gleiche wird man für die Zwangsverwaltung anzunehmen haben; denn ein Eindringen der Gläubiger in die Verwaltung bei noch unbestimmten Antheilen widerspricht dem Wesen solcher Gemeinschaften. Insoweit also ist L. R. I, 17 § 73 noch praktisch. Auch Zwangsverkauf eines Antheiles des Schuldners an beweglichen Sachen setzt voraus, daß dieser Antheil bestimmt sei. Das Vorkaufsrecht der Genossen besteht bei nothwendigem wie freiwilligem Verkauf, ebenso ihr etwaiges Recht, dem Eintritt eines Fremden in die Gemeinschaft zu widersprechen. Dies geht aus L. R. I, 17 § 74 hervor, der im Uebrigen dunkel und insoweit ohne praktische Bedeutung ist; verschiedene Erklärungsversuche bei Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 69. Den Gläubigern bleibt in allen Fällen offen, die auf ihren Schuldner entfallenden Einkünfte zu pfänden L. R. I, 17 § 71, wofür R. C. P. O. § 733 maßgebend ist. Sie können sich auch den Anspruch auf Rechnungslegung überweisen lassen, Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 68, es sei denn, daß die Miteigenthümer ein Interesse bei Nichtoffenlegung der Rechnung an Dritte darthun; doch spricht das O. Trib. Entsch. Bd. 24 S. 81 den Gläubigern mit Bezugnahme auf L. R. I, 17 §§ 217. 218 das Recht der Einsicht der Rechnungen schlechthin ab. Den Gläubigern steht endlich auch frei, den Anspruch ihres Schuldners auf Theilung zu pfänden und sich überweisen zu lassen — vgl. unten Bd. 2 § 107 bei Anm. 7 und 8 — um hierdurch ihre Befriedigung vorzubereiten. Vgl. unten § 224.

25) L. R. I, 17 § 58. Nach römischen Rechte haften sie nur für diligentia in suis rebus consueta l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2.

26) Nach römischem Rechte konnte dieser persönliche Anspruch nur mit der actio communi dividundo bei Gelegenheit der Theilung der Sache geltend gemacht werden. Später gab man jedoch ein utile communi dividundo iudicium wegen der gegenseitigen Leistungen auch in Fällen, in welchen eine Theilung der Sache nicht möglich oder nicht beabsichtigt war. l. 6 § 1. l. 11 D. comm. div. 10, 3.

27) Vgl. Reichskonkursordnung §§ 14. 44, unten Bd. 2 § 117 zu 2c.

28) L. R. I, 17 §§ 46. 47. Verallgemeinerung, aber auch Milderung der auf Reparatur von Gebäuden bezüglichen l. 52 § 10 D, pro socio 17, 2, Goeppert a. a. O. S. 81.

aber durch spätere vollständige Zahlung so lange abgewendet werden, bis der Zuschlag durch rechtskräftiges Erkenntniß erfolgt.[29]

§ 224. Die Theilung.

1. In der Regel ist jeder Miteigenthümer befugt, einseitig gerichtliche Theilung zu beantragen.

Unter Umständen ist die Theilung aber gesetzlich ausgeschlossen. Nicht minder können ihr Verträge oder letztwillige Verfügungen entgegentreten.[1] Solche Geschäfte gewinnen durch Eintragung im Grundbuche dingliche Kraft. Immerwährende Ausschließung der Theilung ist aber weder durch einen Gesellschaftsvertrag, noch durch die Verordnung eines Erblassers zulässig; auch durch Verjährung kann das Recht, Theilung zu verlangen, nicht ausgeschlossen werden.[2] Die Theilung soll, auch wo sie nicht an sich verboten ist, auf den Zeitpunkt verschoben werden, wo sie ohne Schaden der Sache und mit der geringsten Benachtheiligung der Miteigenthümer geschehen kann.[3]

2. Stets ist der Antrag auf Theilung gegen alle Theilhaber zu erheben. Wird der Antrag nur gegen einige Genossen gerichtet, so kann er zurückgewiesen werden. Dies aus dem Grunde, weil sich kein Theilhaber wider Willen auf ein Verfahren einlassen muß, welches seinen Zweck, die Auseinandersetzung, nicht endgültig erledigen kann.[4]

3. Das Theilungsverfahren ist ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit; nur über streitige Fragen befindet der Prozeßrichter. Und zwar ist:

---

29) Bornemann System Bd. 4 S. 10.

1) In einigen Fällen ist die Theilung ausgeschlossen, weil die Gemeinschaftlichkeit durch die wirthschaftlichen Verhältnisse nothwendig gefordert ist und daher als dauernd begründet gilt. So bei einem mehreren Nachbarhäusern zugehörigen Brunnen, welcher den Gebrauchswerth dieser Häuser wesentlich erhöht, ferner bei einer gemeinschaftlichen Einfahrt u. s. f. Vgl. Gruchot Bd. 12 S. 375. Ausgeschlossen ist nicht minder einseitige Forderung der Theilung hinsichtlich eines zwischen zwei Häusern belegenen Winkels, L. R. I, 8 § 120, Entsch. des O. Trib. Bd. 34 S. 142, sowie anderer Grenzanlagen z. B. Grenzmauern. Vgl. auchl. 19 § 1 D. comm. dividundo 10, 3. Selbstverständlich ist, von derartigen Fällen abgesehen, Untheilbarkeit der gemeinschaftlichen Sache kein Hinderniß, da die Auseinandersetzung mittels Verkaufs der Sache geschehen kann.

2) L. R. I, 17 § 75 ff. — L. R. I, 17 § 289 bestimmt, daß eine Verpflichtung, durch welche sich Jemand zur Fortsetzung einer Gesellschaft für beständig anheischig macht, unverbindlich sei. Dieser für die Gesellschaft ausgesprochene Satz läßt sich nicht mit Koch zu L. R. I, 17 § 75 auf alle Fälle des Miteigenthums übertragen. Ebenso ist es besonderes Recht für die Miterben, daß das Verbot des Erblassers, seinen Nachlaß jemals zu theilen, unverbindlich ist, wogegen sie das Verbot der Theilung bis zu einer gewissen Zeit oder bis zum Eintritt einer gewissen Bedingung bindet, L. R. I, 17 § 118 und 121 und unten Bd. 3 § 245 Anm. 8.

3) L. R. I, 17 § 83 ff.

4) Ueber gemeines Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 97 zu 2.

a) jeder Theilhaber, welcher durch das Grundbuch oder sonst in authentischer Form einen urkundlichen Beweis über sein Miteigenthum beibringt, befugt, die gerichtliche Zwangsversteigerung — Subhastation — der gemeinsamen Sache beim Vollstreckungsgericht zu beantragen,[5] falls dieselbe subhastationsfähig ist. Eine richterliche Anordnung geht dem Antrage nicht vorher.[6] Der Miteigenthümer, gegen welchen die Versteigerung solcher Gestalt eingeleitet wird, kann Widerspruch erheben, wenn der Antragsteller nicht Miteigenthümer, oder die Theilung überhaupt oder zeitweise unzulässig oder nur unter besonderen Bedingungen, die nicht berücksichtigt sind, zulässig ist.[7] Gründet sich der Widerspruch auf das Grundbuch, so kann er beim Vollstreckungsrichter erhoben werden, sonst ist er durch Klage beim Prozeßgericht der belegenen Sache geltend zu machen. Auf Antrag kann durch einstweilige Verfügungen die vorläufige Einstellung der Versteigerung gerichtlich angeordnet werden.

Die Versteigerung gilt als nothwendige gegenüber dem provocirten Miteigenthümer und den auf dessen Antheil besonders ruhenden Realrechten; die auf diesen Theil eingeschriebenen Hypotheken werden fällig und sind vom Vollstreckungsrichter aus den Kaufgeldern zu berichtigen. Die auf dem Grundstück im Ganzen und die auf dem Antheil des Antragstellers lastenden Realrechte und Hypotheken bleiben dagegen unberührt und beschweren den Ersteher.[8] Der für die Miteigenthümer übrigbleibende Betrag des Versteigerungserlöses ist unter dieselben vom Vollstreckungsrichter zu vertheilen, wenn über das Miteigenthum und die Höhe der hieraus sich ergebenden Ansprüche kein Streit besteht; anderenfalls ist der Erlös zu hinterlegen und es entscheidet über die Vertheilung der Prozeßrichter.[9]

---

5) Eine Entsch. des Kam. G. Bd. 9 S. 123 besagt: „der Antrag eines Miteigenthümers auf Zwangsvollstreckung zum Zweck der Auseinandersetzung setzt voraus, daß dem Antragsteller das Miteigenthum zu einer bestimmten Quote zusteht." Das soll auch für Miterben gelten, vgl. Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 95. Diese Entscheidung läßt sich aus dem Gesetz nicht begründen und entspricht seinen Zwecken nicht, vgl. Jastrow Rechtsgrundsätze der Entsch. des R. G. n. F. S. 36.

6) Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 180 Abs. 2 Ziff. 2, Abs. 3 § 185. Fortbildung von L. R. I, 17 § 89 ff.

7) Etwaige Geldansprüche der Theilhaber hingegen können die Subhastation nicht aufhalten. Solche Ansprüche sind vielmehr bei der Vertheilung der erlösten Kaufgelder zur Geltung zu bringen.

8) Die Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebotes — unten § 348 zu 2 — finden nicht Anwendung. Zw. V. Ges. § 185 Ziff. 1.

9) Der Pfandgläubiger, welchem ein ideeller Theil einer Sache verpfändet ist, kann pfandrechtlich nur den ihm verpfändeten Theil zur Subhastation bringen. Er ist aber auch befugt, sich durch das Gericht ermächtigen zu lassen, das Recht seines Schuldners auszuüben, um die Sache theilungshalber zur Subhastation zu bringen. Wählt er diesen Weg, so treten nur die Folgen einer theilungshalber geschehenden Subhastation ein. Jäckel, Kommentar der Zwangsvollstreckungsordnung zu § 1 S. 31.

In Bezug auf solche Gegenstände, welche der Subhastation nicht unterliegen, ist jeder Miteigenthümer befugt, die Vornahme einer Auktion, d. h. einer öffentlichen Versteigerung, zu verlangen.[10]

b) Wird Versteigerung nicht beantragt, so bildet Naturaltheilung die Regel. Sie wird durch die Amtsgerichte vorgenommen. Dieselben fertigen den Theilungsreceß auf Grund der Anerkenntnisse der Parteien oder rechtskräftiger Urtheile an. Tritt keine andere Vereinbarung ein, so entscheidet das Loos über die Zuschlagung der vom Richter gelegten Antheile.

Im Fall der Naturaltheilung stehen sich die Betheiligten ähnlich wie bei einem Kaufe[11] gegenseitig für Entwährung ein.[12] [13]

4. Das Eigenthum geht nach den Grundsätzen des preußischen Rechtes nicht durch die richterliche Theilung über,[14] sowenig wie durch den Theilungsvertrag der Parteien, vielmehr ist der Uebergang des Eigenthums, abgesehen vom Fall der gerichtlichen Versteigerung, bei beweglichen Sachen abhängig von der Besitzübertragung, bei unbeweglichen von der Auflassung.[15] Es genügt auch schon die Entsagung durch einen Miteigenthümer, damit dem Anderen das Eigenthum des derelinquirten Antheils anwachse.[16] Solche Entsagung reicht jedoch unter Umständen nicht aus, namentlich wenn mehr als zwei Miteigenthümer vorhanden sind und der aufgegebene Antheil bloß auf Einen der Miteigenthümer übergehen soll.

---

10) L. R. I, 17 §§ 89. 90 und oben § 188 zu 1. Ist die Veräußerung an einen Fremden verboten, so tritt auch bei Immobilien keine Subhastation ein, vielmehr ist nach L. R. I, 17 § 94 ff. eine Versteigerung unter den Miteigenthümern vorzunehmen.

11) Vgl. auch Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 35 ff.

12) L. R. I, 17 § 97 ff. Wird der Theil des Einen entwährt, befinden sich aber auch die Uebrigen in eadem evictionis causa, so ist der Anspruch auf Gewährleistung gegen diese zwar an sich begründet, jedoch dürfen dieselben, bis ihnen Sicherheit wegen der ihnen selbst drohenden Entwährung gestellt ist, die schuldige Summe retiniren. Anderer Ansicht Koch zu L. R. I, 17 § 97.

13) Hätte ein Dritter, insbesondere ein Testator, bindende Vorschriften über die Theilung gemacht, so tritt die Eviktionspflicht gleichwohl ein. Anders, wenn der Erblasser Einzelnen etwas im voraus zuwenden wollte, namentlich durch Prälegat. Hierüber L. R. I, 17 §§ 99—101. 129. Vgl. l. 77 § 8 D. de leg. II. Glück Bd. 11 S. 107 ff.

14) Anders nach römischem Recht vgl. Gaj. Inst. IV, § 42.

15) L. R. I, 17 § 103, vgl. auch oben § 185 zu 1. Nur bestimmt L. R. I, 11 § 573 für den Fall, daß die Auseinandersetzung mittels des Looses erfolgt: sobald die Entscheidung durch das Loos geschehen ist, geht das Eigenthum der Sache auf den Gewinner über.

16) So Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 125. Gegen ein solches Anwachsungsrecht freilich Göppert S. 46 ff. u. 76. Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 84. Dasselbe folgt aus dem Begriff des Miteigenthums, wie er oben § 222 Anm. 2 entwickelt wurde, für das preußische, wie für das römische Recht, vgl. unten Bd. 3 § 247, Abs. 2, auch l. 8 C. communia utriusque iudicii 3, 38. Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium divisio relicta vel translata possessione finem accepit. ...

5. Privattheilungen haben die Kraft von Vergleichen,[17] sie sind wie solche anfechtbar. Gerichtliche Theilungen — Recesse — haben die Natur rechtskräftiger Urtheile, sind daher nur wie diese anfechtbar;[18] sie werden vollstreckbar, sobald sie mit der Vollstreckungsklausel versehen sind.

IV. Erwerb des Eigenthums.

§ 225. Fähigkeit zum Erwerb.[1]

Der allgemeine Grundsatz des heutigen Rechtes, wonach Jedermann[2] die persönliche Fähigkeit zum Erwerb des Eigenthumes von Sachen jeder Art hat, leidet aus Rücksichten des öffentlichen Nutzens einige Ausnahmen:

1. Gewisse Beamte sind unfähig, ohne Erlaubniß ihrer Vorgesetzten bestimmte Erwerbungen zu machen, bei welchen ein Mißbrauch ihrer amtlichen Stellung zu befürchten ist. Namentlich sind die Mitglieder der Provincialdomainenkammern von Erwerbung der während ihrer Dienstzeit vom Staate veräußerten Domainen ausgeschlossen.[3] [4] Es ist ferner kein im Staatsdienste stehender Forstbeamter zum Erwerb von Grundstücken berechtigt, für welche in den zu seinem Bezirke gehörenden Forste Rechte beansprucht werden, oder welche an diese Forsten grenzen.[5] Endlich können die Bergbeamten des Staates in ihrem Verwaltungsbezirke durch Muthung keine Bergwerke oder Kuxe erwerben und sie bedürfen zu deren Erwerbung durch Rechtsgeschäfte anderer Art der Genehmigung des Ministers der öffentlichen Arbeiten.[6]

Alle diese Beschränkungen hindern nur freiwilligen Erwerb unter Lebenden.[7] Sie betreffen aber auch den Erwerb, welcher durch vorgeschobene Per-

---

17) L.R. I, 17 § 111 ff. Manche gemeinrechtliche Juristen wollen wenigstens bei Theilungsverträgen weiter gehen wegen l. 3 C. comm. utr. iud. 3, 38: maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri. Vgl. Glück Bd. 11 S. 92. Holzschuher Bd. 3 § 309. 7.

18) Oben § 135 bei 2. Vgl. noch unten Bd. 3 § 246 z. A.

1) L. R. I, 8 § 6 ff. Heydemann Einl. Bd. 1 S. 404 ff. Gemeinrechtlich Czyhlarz Eigenthumserwerbsarten in Glücks Kommentar 1887.

2) Insbesondere sind die auf dem Stand des Erwerbers beruhenden Beschränkungen des älteren Rechtes beseitigt seit dem Edikt vom 9. Oktober 1807 § 1. Vgl. oben § 46.

3) Nach römischem Recht war den Beamten verboten, innerhalb der von ihnen verwalteten Provinz Grundstücke oder andere nicht dem unmittelbaren Lebensgebrauch dienende Dinge anzukaufen, bei Strafe der Konfiskation des Gekauften.

4) K. O. vom 29. Februar 1812.

5) K. O. vom 5. September 1821.

6) Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 195. Bergwerksaktien sind nicht betroffen. Die Einschränkung bezieht sich auf die Beamten erster Instanz und die der Oberbergämter, nicht auf die Ministerialbeamten, da diese keinen Verwaltungsbezirk haben. Achenbach Bergrecht Bd. 1 S. 320.

7) Ausdrücklich freilich nur hervorgehoben im Berggesetze § 195 Absatz 2, aber auch in den anderen Fällen sind nur Erwerbungen unter Lebenden gemeint. Auch

sonen gemacht wird.[8] Gegen das Verbot geschlossene Geschäfte sind nichtig. Der Grundbuchrichter darf die Auflassung zu Gunsten der pflichtvergessenen Beamten nicht vollziehen. Geschieht dies gleichwohl, so ist die Eintragung anfechtbar.[9]

2. Ausländische juristische Personen können Grundeigenthum nur nach vorgängiger königlicher Genehmigung erwerben. Bis diese ertheilt ist, sind auch die auf den Erwerb bezüglichen Verträge unverbindlich.[10] Kirchengemeinden bedürfen zum Erwerb von Grundeigenthum der Genehmigung der Staatsbehörden.[11] [12]

§ 226. Die Erwerbsarten.

1. Der Erwerb des Eigenthums vermittelt, da die überwiegende Menge der beherrschbaren Sachen bereits im Eigenthum steht, gewöhnlich nur einen Wechsel der Person des Berechtigten. Weil also mit dem Erwerb durch den Einen meist der Verlust des Anderen Hand in Hand geht, verbindet sich mit Darstellung der Erwerbsarten des Eigenthums zweckmäßig die seines Verlustes.[1]

---

passen die Vorschriften nicht auf gesetzlichen Erwerb, z. B. durch Heirath mit gesetzlicher Gütergemeinschaft.

8) Vgl. l. 46 § 2 D. de iure fisci 49, 14. Das Berggesetz verbietet § 195 auch Erwerb durch die Ehefrauen und die Hauskinder der Bergbeamten.

9) Die Bestimmung von L. R. II, 10 § 27 ff., Verordnung vom 18. März 1811 § 2, wonach Unterofficiere und Soldaten während des Dienstes ohne Genehmigung ihrer Regimentskommandeure Grundstücke durch lästigen Titel nicht erwerben konnten, ist aufgehoben durch Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 42. Ferner ist durch Gesetz vom 28. Mai 1874 die Unfähigkeit von Ausländern zum Erwerb von Rittergütern ohne Genehmigung des Ministers des Innern beseitigt.

10) Gesetz vom 4. Mai 1846 über die Erwerbung von Grundeigenthum für Korporationen. Vgl. oben § 55 Anm. 11. Das Verbot trifft auch ausländische juristische Personen der Staaten des deutschen Reiches. Denn Art. 3 der Reichsverfassung kommt nur den natürlichen Personen zu Gute. Die Praxis bezieht das Gesetz auch auf Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, eingetragene Genossenschaften, eingeschriebene Hilfskassen, weshalb für sie und für die gegenseitigen Versicherungsanstalten mit juristischer Persönlichkeit, soweit dieselben außerhalb Preußens in deutschen Landen ihren Sitz haben, durch königlichen Erlaß vom 14. Februar 1882 Delegation des Genehmigungsrechtes an die Ressortminister erfolgte.

11) L. R. II, 11 § 194. Gesetz vom 3. Juni 1876 betreff. die evang. Kirchenverfassung Art. 24 unter 1. Gesetz vom 7. Juni 1876 betreff. die Aufsichtsrechte in den kathol. Diöcesen § 2 unter 1.

12) Die Kab. Ordre vom 25. Januar 1831 forderte die Genehmigung der Provinzialregierung zum Erwerb von Rittergütern durch Dorfgemeinden oder durch einzelne Klassen oder mehrere Mitglieder derselben. Sie wurde durch die Kreisordnung vom 13. December 1872 § 135 IX. 6 für die Kreisordnungsprovinzen, durch das Gesetz betr. die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden vom 1. August 1883 § 31 letzter Absatz für die ganze Monarchie beseitigt.

1) Auch in den selteneren Fällen, in welchen, wie bei Dereliktion, der Verlust zunächst zur Herrenlosigkeit führt, wird die Veränderung regelmäßig erst dann von Interesse, wenn die Frage auftaucht, ob ein Dritter an einer solchen Sache das Eigenthum erworben hat. Vgl. unten § 228 Anm. 6.

2. Vollzieht sich der Eigenthumswechsel zufolge Willensentschlusses des bisherigen Eigenthümers, so spricht das Landrecht von mittelbarem Erwerb. Es gehört hierher von Geschäften unter Lebenden Uebergabe und Auflassung, außerdem der auf testamentarischer und vertragsmäßiger Erbfolge, wie der auf Vermächtnissen beruhende Erwerb. Unmittelbar ist hingegen jeder Erwerb, welcher sich nicht auf den Willen des bisherigen Eigenthümers gründet.[2] Es gehören hierher einmal Erwerbsarten, welche einen Wechsel des Eigenthums, aber unabhängig vom Willen des bisherigen Eigenthümers, herbeiführen, insbesondere erwerbende Verjährung, Einziehung einer Sache zur Strafe, Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Receß in Ablösungssachen, Enteignung, gütergemeinschaftliche Ehe, und Intestaterbfolge.[3] Andere unmittelbare Erwerbsarten beruhen auf der Aneignung von herrenlosen oder als herrenlos angesehenen Objekten, z. B. durch Okkupation, Thierfang, Fundzuschlag, oder Neubildung von Gegenständen, wie Früchten, Alluvionen.

3. Eine besondere Gruppe von Eigenthumserwerbsarten bilden die in der Regalität beruhenden. Der Staat nimmt nämlich auf Grund von Rechtssätzen, welche im öffentlichen Rechte wurzeln, gewisse geldwerthige Berechtigungen, insbesondere gewisse Arten des Erwerbes von Eigenthum, als sogenannte niedere Regalien für sich in Anspruch,[4] z. B. das Recht auf herrenlose Grundstücke, auf erblosen Nachlaß. Der Staat giebt jedoch zu, daß Private derartige Anrechte durch Verleihung von ihm, ja nach preußischem

---

2) L. R. I, 9 §§ 5 und 6 bezeichnen allerdings als unmittelbar bloß die Erwerbungsart, bei welcher außer dem Titel nur „Besitznehmung“ erfordert wird, als mittelbar die, bei welcher außer Besitzergreifung die Erledigung des Besitzes durch den früheren Eigenthümer nothwendig ist. Der Besitznehmung wird aber hier bloß gedacht, weil sie — nach § 3 a. a. O. — als allgemeiner Modus des Erwerbes des Eigenthumes vorausgesetzt wird. Die Eintheilung greift aber auch durch, wo ein anderer Erwerbsmodus als die Besitznehmung stattfindet. Dies ergiebt der Inhalt des von den unmittelbaren Erwerbsarten handelnden neunten Titels.

3) Auch der Uebergang des Eigenthums von Objekten Preußens auf das deutsche Reich, falls diese dem dienstlichen Gebrauch einer verfassungsmäßig aus Reichsmitteln zu unterhaltenden Verwaltung gewidmet werden, nach dem Reichsgesetz vom 25. Mai 1873 gehört hierher, vgl. oben § 57 Anm. 14; der Auflassung bedarf es daher in solchem Falle nicht.

4) L. R. II, 14 § 24 ff. Die gemeinrechtliche Theorie unterschied regalia essentialia, d. h. aus dem Staatsbegriff folgende unveräußerliche Hoheitsrechte, und regalia accidentalia oder minora, die geldwerthen, an sich veräußerlichen, Berechtigungen des Staates. Der Gegensatz der Regalien gegen andere Vermögensrechte des Staates — insbesondere die Domainen — liegt vorzugsweise darin, daß sie ihrer Substanz nach dem Staate als solchem nothwendig zustehen, sogenanntes gemeines Eigenthum desselben bilden, vgl. oben § 67 Anm. 11. Die neuere Rechtsentwickelung hat zwar manche ältere Regalien, z. B. das Bergwerksregal, beseitigt, aber andere geschaffen, z. B. das Telegraphenregal. Das neuere Recht ist aber nicht mehr geneigt, eine Verleihung solcher Regalien an Private zuzulassen.

Rechte durch ungewöhnliche Verjährung gegen den Fiskus erwerben.[5] Die Regalien gelten dem Privatbesitzer im Zweifel ausschließlich erworben, so daß dem Staate das Recht der Mitausübung nicht zusteht.[6]

§ 227. Uebertragung des Eigenthums unter Beschränkungen.

Das Eigenthum in seiner reinen Gestalt ist zeitlich unbeschränkt.

Zeitbestimmungen und Bedingungen sind zwar zulässig, geben ihm aber eine regelwidrige Form. Nach Landrecht ist die Wirkung solcher Nebenbestimmungen theilweise verschieden, je nachdem sie Geschäften unter Lebenden oder letztwilligen Verfügungen zugefügt sind. Hier ist nur von Geschäften unter Lebenden die Rede.[1]

1. Soll Eigenthum unter einem Anfangstermine begründet werden,[2] so erlangt der künftige Eigenthümer bis zu dessen Herankommen einen persönlichen Anspruch auf den Erwerb. Derselbe erhält, wenn er aus betagten Veräußerungsverträgen unter Lebenden entspringt, Dinglichkeit, bei beweglichen Sachen durch deren Uebergabe, bei Grundstücken durch Eintragung einer Vormerkung in der zweiten Abtheilung des Grundbuchblattes.[3]

2. Eigenthumsübertragung unter einem Endtermin giebt dem Erwerber wirthschaftlich nur eine dem Nießbrauch ähnliche Stellung, wenn er auch im Rechtssinn Eigenthum erlangt. Um deswillen hatte das klassische römische Recht befristete Eigenthumsübertragung als widerspruchsvoll für nichtig erklärt, was natürlich eine persönliche Verpflichtung des Erwerbers nicht ausschloß, die Sache nach Eintritt des Termins zurückzuübertragen; erst das justinianische Recht erkannte befristete Schenkungen und Vermächtnisse an.[4] Nach Landrecht kann, im Wege freiwilliger Veräußerung unter Lebenden, befristetes Eigenthum nicht geschaffen werden. Derjenige, an welchen die Sache nach Herankommen des Endtermins fallen soll, hat aber einen persönlichen Anspruch auf Rückübereignung; dieser Anspruch erhält bei Grundstücken Dinglichkeit durch Eintragung in der zweiten Abtheilung des Grundbuchblattes.[5]

3. Dieselben Grundsätze, wie für den Endtermin, gelten nach preußischem Recht für die Uebertragung unter auflösender Bedingung.[6]

---

5) L. R. II, 14 § 35 und oben § 178 zu Anf. und bei Anm. 1. Nach gemeinem Rechte findet nur unvordenkliche Verjährung statt.

6) L. R. II, 14 § 32. Eichhorn Einl. § 266 Anm. f.

1) Ueber bedingte und betagte Vermächtnisse vgl. unten Bd. 3 § 144.

2) Ob das römische Recht in der klassischen Zeit Eigenthum kannte, welches ex die wirksam war, läßt sich mit Fug bezweifeln.

3) E. E. Ges. vom 5. Mai 1872 §§ 12. 16, siehe auch unten Anm. 6.

4) l. 2 C. de donat. quae sub modo 8, 55. l. 26 C. de legatis 6, 37.

5) Eintragung des befristeten Eigenthümers in Abtheilung I. des Grundbuchblattes ist also unzulässig.

4. Nach römischem Recht gilt im Fall der Uebertragung unter *aufschiebender Bedingung* der bedingt Erwerbende in der Zwischenzeit nicht als Eigenthümer, *auch wenn er in den Besitz gesetzt ist*. Es fehlen ihm daher die petitorischen Rechtsmittel, er ist im Fall des Besitzverlustes auf die possessorischen verwiesen. Dem Veräußerer verbleibt demnach während der Schwebezeit sein Eigenthum, daher behält er die Vindikation gegen Dritte; sie steht ihm nach Ausfall der Bedingung auch gegen den Empfänger zu.

Nach preußischem Recht hingegen ist zu unterscheiden.

Hat Jemand eine *bewegliche Sache* unter aufschiebender Bedingung erworben, so wird er mit Uebergabe des Besitzes der Sache Eigenthümer, auch wenn die Bedingung noch nicht in Erfüllung gegangen ist. Der Veräußerer hat folglich nur einen *persönlichen Anspruch* auf Rückübergabe, welcher als Recht zur Sache auch gegen Dritte dann geltend gemacht werden kann, wenn diese beim Erwerb von dem Ausfallen der Bedingung Kenntniß hatten.[7] Wurde aber nicht vollständiger Besitz, sondern nur Gewahrsam oder Miethbesitz übertragen, z. B. im Falle eines Möbelleihvertrages, so bleibt dem Veräußerer das Eigenthum bis zum Eintritt der Bedingung.[8]

Soll eine *unbewegliche Sache* unter aufschiebender Bedingung veräußert werden, so erhält der Erwerber inzwischen nur ein persönliches bedingtes Anrecht auf Auflassung. Dies Recht kann durch Eintragung einer entsprechenden Vormerkung dingliche Kraft erlangen. Erfolgt aber vor Erfüllung der Bedingung die Auflassung an den Erwerber, so wird er Eigenthümer. Dem Veräußerer verbleibt also nur ein persönliches Rückforderungsrecht für den Fall des Ausfallens der Bedingung, welches durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch Dinglichkeit erhält.

A. Unmittelbarer Erwerb.

§ 228. *Das ausschließliche Recht auf Okkupation.*[1]

Durch *Besitzergreifung*[2] *mit der Absicht der Aneignung* — Okkupation — wird das Eigenthum an eigenthumsfähigen *herrenlosen*

---

6) L. R. I, 11 § 262 ff. Vgl. oben § 90 Anm. 5. Die Eintragung des Endtermins und der auflösenden Bedingung hindert nicht, daß der eingetragene Eigenthümer weiter aufläßt, das Grundstück dinglich belastet, daß dasselbe ihm gegenüber im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird, Alles aber unvorgreiflich des Rechts des bedingt oder betagt Berechtigten.

7) L. R. I, 11 § 264, oben § 204 Anm. 13. Hierher gehört der Fall, daß einem Lehrer Deputatholz zu eigenem Gebrauch überwiesen wird; derselbe wird Eigenthümer der ganzen überwiesenen Masse; Veräußerung an Dritte ist daher nur Pflichtwidrigkeit, nicht aber Unterschlagung, R. G. in Strafsachen Bd. 2 S. 132.

8) Ueber den Möbelleihvertrag vgl. unten Bd. 2 § 155.

Sachen erworben.[3] Während aber nach römischem Rechte Okkupation herrenloser Sachen — unbeweglicher wie beweglicher — Jedermann offenstand,[4] ist nach deutschem und preußischen Rechte die Befugniß zur Aneignung gerade der wichtigeren herrenlosen Gegenstände bestimmten Personen — namentlich dem Staate als Regal[5] — vorbehalten.

1. Insbesondere hat der Staat ein solches Vorrecht bezüglich herrenloser Grundstücke,[6] [7] welches er als Regal auch Anderen abtreten kann.[8] [9] Nach örtlichem Recht haben häufig die Stadtgemeinden das Vorrecht auf die in der städtischen Feldmark belegenen, die Rittergutsbesitzer auf die im Guts-

---

1) Vgl. Ueberschrift zu L. R. I, 9 § 7 ff. „von der ursprünglichen Besitznehmung" — und zu I, 9 § 107 ff. „vom Thierfang". — Ueber das gemeinrechtliche Okkupationsrecht vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 203.

2) Es genügen nicht auf die Aneignung zielende Absichten oder Veranstaltungen. Hat also A eine herrenlose Sache zuerst gesehen, aber B ist ihm in der Besitzergreifung zuvorgekommen, so erwirbt B das Eigenthum, vgl. Leyser med. sp. 439 m. 2. Anderer Ansicht Berger oec. jur. II, 2, th. 12, not. 1. Wer jedoch den Anderen in seiner Freiheit einschränkt, um ihn an der Besitzergreifung zu hindern, oder durch unerlaubte Handlungen in seinen zur Besitzergreifung gemachten Anstalten stört, soll nicht Eigenthümer durch die eigene Besitzergreifung werden, L. R. I, 9 §§ 12. 13. Wird dies aber jener Behinderte? Dies behauptet mit Unrecht Bornemann 1. Aufl. Bd. 2 S. 15. — Vgl. noch unten § 232 Anm. 6 und § 233 bei Anm. 7.

3) Durch Besitznahme erwirbt auch, wer bei der Aneignung irrthümlich glaubt, nicht Eigenthümer zu werden, sich z. B. in der fälschlichen Meinung, Jagdfrevler zu sein, eines Thieres bemächtigt, welches Gegenstand des freien Thierfanges ist; plus est in re quam in opinione.

4) § 12 J. de rer. div. 2, 1. l. 30 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Doch war auch bei den Römern den Feinden abgenommenes Territorium ager publicus, demnach kein Gegenstand der freien Okkupation, l. 20 § 1 D. de captivis 49, 15.

5) L. R. II, 16 §§ 1—7.

6) Es gilt dies für solche Grundstücke, welche bisher in Niemandes Eigenthum standen, wie für derelinquirte. An einer gesetzlichen Form für die Eintragung der Dereliktion in das Grundbuch fehlt es, daher wird eine derartige Eintragung von der Praxis als unzulässig erachtet, Entsch. des Kam. G. Bd. 9 S. 71, siehe jedoch auch Bd. 11 das. S. 410. Hinsichtlich verlassener Grundstücke kann der Eigenthümer auf Betreiben des Fiskus gerichtlich zu einer Erklärung aufgefordert werden, ob er das Eigenthum aufgeben wolle. Im Falle der Nichterklärung wird das Grundstück dem Fiskus durch Erkenntniß zugeschlagen, L. R. II, 16 §§ 8—16.

7) Die ursprüngliche deutsche Auffassung ging dahin, daß die Gemeindegenossen Stücke der Allmend durch Rodung gewinnen könnten: im fränkischen Reich aber bildete sich der Satz, daß herrenlose Grundstücke dem König gehörten, und dies wurde zu allgemeinem deutschem Recht. Vgl. Stobbe d. P. R. Bd. 2 § 91 und dort Citirte. Anders nach österr. Recht; Kirchstetter zum österr. b. G. B. § 387. Stobbe u. A. erachten die römischen Grundsätze als die gemeinrechtlichen.

8) L. R. II, 16 § 8 und oben § 226 bei Ziff. 3. Der Berechtigte erwirbt dann Eigenthum durch Besitznahme auch ohne Eintragung, vgl. oben § 186; übereignet der Staat ein von ihm in Besitz genommenes Grundstück, so kann dies als freiwillige Veräußerung nur in der Form der Auflassung geschehen.

9) Vierundvierzigjähriger „ruhiger" Besitz giebt Eigenthum an herrenlosen und derelinquirten Grundstücken, L. R. II, 16 §§ 9 und 12. Guter Glaube wird nicht gefordert, R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 984.

bezirk und in der früher zugehörigen ländlichen Feldmark belegenen herrenlosen Grundstücke.[10] [11]

2. Regal ist ferner in mehreren Provinzen das Recht auf Gewinnung des Bernsteins.[12]

3. Einst gewährte ein an deutschen Seeküsten weitverbreitetes Strandrecht das Recht zur Aneignung gestrandeter Schiffe und Güter, selbst wenn der Schiffbrüchige bekannt war, ja es ergriff dessen Person.[13] Das heutige Strandrecht[14] dagegen betrifft nur Sachen, welche herrenlos sind oder deren Eigenthümer nicht mehr ermittelt werden können.[15] Wer sich als Eigenthümer ausweist, hat daher nur den Bergelohn für die Mühe der Erhaltung der Sachen zu entrichten und die aufgelaufenen Kosten zu vergüten.[16] Das Strandrecht steht dem Staate zu. Es beschränkt sich auf die strandtriftigen Güter, d. h. die besitzlos gewordenen Sachen, welche von der See auf den Strand geworfen oder gegen denselben getrieben und vom Strande aus geborgen wurden.[17]

Seetriftige Sachen, d. h. versunkene, vom Seegrunde aufgebrachte Schiffstrümmer und Güter, sowie in offener See trei-

10) Hierüber entscheiden provinzielle und örtliche Bestimmungen. Allgemein wird anerkannt, daß Städte vermöge ihres Weichbildrechtes in der Regel ein Anrecht auf die herrenlosen Grundstücke in ihrer Feldmark haben. Simon Rechtssprüche Bd. 1 S. 236, Gerber § 90.

11) Dereinst hatten die Landesfürsten in den östlichen Provinzen des jetzigen preußischen Staates, unter Anderem in Schlesien vielfach den Rittern Distrikte des Landes überlassen, die zum Theil der Ansiedelung von Bauern dienten. Besondere Landgemeindebezirke neben dem Gutsbezirk bildeten sich hierdurch nur allmählich im Laufe der Zeit heraus, insbesondere durch Gesetz über die Armenpflege vom 31. December 1842, und Gesetz vom 14. April 1856 § 1. So kommt es, daß in vielen Gegenden des Staates die Dorfauen, d. h. die nicht aufgetheilten, dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Dorfinsassen dienenden, innerhalb der Feldmark liegenden Flächen immer noch zum Gutsbezirk gehören, Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 5 S. 116, des O. Trib. Bd. 82 S. 59. Hierauf gründet sich das ausschließliche Aneignungsrecht der Rittergutsbesitzer an den innerhalb der bäuerlichen Feldmark herrenlos werdenden Grundstücken. Vgl. für Schlesien das Schlesische Provinzialrecht von Wentzel und dessen revidirter Entwurf von 1841, ferner Westpreußisches Provinzialrecht von 1844 § 77.

12) In Westpreußen und den früher westpreußischen Distrikten ist der am Strande und in der Ostsee gefischte, in Ostpreußen auch der im Lande gewinnbare Bernstein Regal. Westpreußisch. Prov. R. §§ 73—75, Gesetz vom 22. Februar 1867. v. Brünneck, Recht auf Zueignung der Meeresprodukte und das Bernsteinregal, 1874.

13) Vgl. bei Kraut Grundriß § 77 n. 30 ff. citirte Stellen, P. G. O. Art. 218. Angeführt wird Schuback de jure litoris 1752.

14) Maßgebend ist die Strandungsordnung, Reichsgesetz vom 17. Mai 1874, vgl. L. R. II, 15 § 80 ff.

15) Strandungsordnung § 26 ff. Sofern sich ein genügender Anlaß hierzu findet, sind Vorverhandlungen zur Ermittelung des Berechtigten einzuleiten; sind dieselben nicht am Platz oder fruchtlos, so erfolgt ein Aufgebotsverfahren.

16) H. G. B. Art. 742 ff.

17) Strandungsordnung §§ 20. 35 Abs. 1 ff. Die Berechtigung von Privatbesitzern — vgl. Simon Rechtssprüche Bd. 1 S. 296 ff. — ist durch die Strandungsordnung aufgehoben nach § 35 Abs. 4. Entschädigung hierfür wurde in Preußen nicht bewilligt.

bende, von einem Fahrzeug aus geborgene Schiffe und sonstige Gegenstände sind, wenn sich Niemand als Eigenthümer legitimirt, dem Berger obrigkeitlich zuzuweisen, falls er rechtzeitig Anzeige des Fundes macht; anderenfalls verfallen sie gewissen Unterstützungskassen zum Besten der Seeleute.[18] Der frühere Eigenthümer behält aber auch nach der Zuweisung eine Forderung gegen den Empfänger auf Herausgabe des von ihm noch Besessenen, eventuell auf dessen Bereicherung.[19]

4. Besonders wichtige Arten des ausschließlichen Okkupationsrechtes bilden das Jagdrecht und das Fischereirecht, d. h. das ausschließliche Recht der Aneignung von jagdbaren und von dem Fischereirecht unterworfenen Thieren innerhalb eines gewissen Raumgebietes. Hiervon ist im Folgenden zu handeln.

§ 229. Das Jagdrecht.[1]

Bis in die neuere Zeit war, wie seit Ausgang des Mittelalters allgemein in Deutschland zur Regel wurde,[2] das Jagdrecht in Preußen Regal, so daß dasselbe dem Grundsatze nach an Private nur im Wege der Verleihung gelangen konnte. Doch hatte sich der älteste Rechtszustand, wonach das Recht zur Jagd Zubehör der größeren Grundbesitzungen gewesen war, thatsächlich zum Theil erhalten. Dies geschah vorzugsweise dadurch, daß den Rittergütern, sowie den Städten die niedere Jagd auch dann als beigelegt galt, wenn sie den Beweis besonderer Verleihung derselben nicht führen konnten.[3]

Unter dem Einflusse bewegter Zeitströmungen bestimmte aber das Jagdgesetz vom 31. Oktober 1849 „Jedes Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden ist ohne Entschädigung aufgehoben“, „Eine Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden“, „Die Jagd steht jedem Grundbesitzer auf eigenem Grund und Boden zu.“ Damit war das Jagdregal gefallen.

---

18) Strandungsordnung §§ 21. 35 Abs. 2 und 3. Die Uebernahme bewirkt Eigenthumsübergang, Mandry Reichsgesetze S. 353.

19) Strandungsordnung § 23 Abs. 2.

1) Wagner die preuß. Jagdgesetzgebung 2. Aufl. 1889, Dalcke d. preuß. J.recht 2. Aufl. 1888, Kohli die preuß. Jagdgesetze 2. Aufl. 1891, v. Brünneck, das heutige deutsche Jagdrecht im Archiv f. civ. Pr. Bd. 48 S. 80 ff. und in Gruchot Beitr. Bd. 16 S. 182 ff.

2) Stobbe d. P. R. Bd. 2 § 151. Bereits seit dem neunten Jahrhundert nahmen die deutschen Könige das Jagdrecht für sich in Anspruch und „forsteten“ einzelne Wälder ein. Später verliehen sie die Jagd als Regal.

3) Edikt vom 16. Januar 1681 C. C. M. IV, 1 S. 795. L. R. II, 16 § 40. Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. § 548.

Doch die Selbstausübung der Jagd auf kleinen, offenen Grundstücken führte zu Revierüberschreitungen und Jagdverwüstung, die Freiheit des Jagdbetriebs für jeden Besitzer, auch den kleinsten, gefährdete die öffentliche Sicherheit, wie die wirthschaftlichen Interessen. Dem machte das Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 ein Ende, indem es die Ausübung des Jagdrechts organisirte.

1. Selbstbetrieb der Jagd steht nach diesem Gesetze §§ 2 und 3 nur dem Eigenthümer — höchstens drei Miteigenthümern — von mindestens 300 Morgen Land in zusammenhängender Lage,[4] oder von dauernd und vollständig eingefriedeten Ländereien,[5] oder von Inseln, die ein Besitzthum bilden, oder von Seen und zur Fischerei eingerichteten Teichen zu. Auch Verpachtung ist solchen Grundeigenthümern gestattet.[6] [7]

Grundstücke, deren Eigenthümer hiernach den Selbstbetrieb der Jagd nicht haben, bilden, und zwar in der Regel gemeindeweise, Jagdbezirke, so daß deren Eigenthümer als Jagdgenossenschaft von den betreffenden Gemeindebehörden vertreten werden.[8] Diese Behörden haben darüber zu be-

4) Trennung durch Wege, Eisenbahnen ist unschädlich. Unschädlich ist auch die die Trennung durch Gewässer. — Eine Insel verliert diese Eigenschaft nicht dadurch, daß sie durch eine Eisenbahn mit dem Festlande verbunden wird.

5) Hierüber entscheidet der Landrath. Vor der Entscheidung ist Selbstausübung der Jagd durch den Eigenthümer auf seinem eingefriedigten Grundstück unberechtigt. Strafgesetzbuch § 292, R. G. in Strafsachen Bd. 17 S. 363.

6) Dem Eigenthümer des Grundstücks, nicht dessen Pächter steht in Ermangelung anderer Vereinbarung die Jagd zu; unten Bd. 2 § 168 im Text hinter Anm. 3.

7) Auf wie lange Zeit solche Verpachtungen zulässig sind, kann zweifelhaft sein. Doch wird man nach Analogie von § 10 des Gesetzes vom 7. März 1850 12 Jahre als längste Zeit anzusehen haben. Die Jagdverpachtung darf stets nur an höchstens drei Personen geschehen.

8) Vgl. v. Brünneck die Jagdgenossenschaften, Halle 1867. Die Jagdgenossenschaften sind besondere juristische Personen, welche von Rechtswegen ihre Vertretung in den Gemeindebehörden finden. Vgl. auch R. G. Bd. 25 S. 351. Zur Jagdgenossenschaft gehören die Besitzer aller Gemeindegrundstücke, welche zur eigenen Ausübung der Jagd nicht berechtigt sind. Außerhalb des Gemeindeverbandes stehende Grundstücke können nur durch Uebereinkunft zugeschlagen werden. Dies gilt auch für im Gemenge liegende Grundstücke, z. B. eines vertheilten Rittergutes, welche noch einen selbständigen Gutsbezirk bilden. Ein Gut, welches durch Ankäufe und andere Erwerbungen 300 Morgen erreicht, scheidet aus, ohne daß es besonderer Willenserklärung bedarf, natürlich unbeschadet der gültig von der gemeinsamen Vertretung bereits abgeschlossenen Verträge. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 129. Ein Gut, welches durch Abtrennungen die nothwendige Größe verliert, tritt von selbst in die Jagdgenossenschaft ein. Streitfälle über die Frage der Zugehörigkeit sind im Rechtswege zu entscheiden, wenn auch zunächst eine polizeiliche Regelung erfolgen kann, Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 4 S. 215. Vgl. noch v. Brünneck: Kann die nur einem Besitzer gehörige Feldmark eines Gemeinde- oder Gutsbezirkes einen selbständigen Jagdbezirk bilden? bei Gruchot Bd. 12 S. 550 ff. — Die Gemeindebehörden sind beim Abschluß von Jagdverträgen nach der Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 § 102 an die Beschlüsse der Gemeindeversammlung beziehungsweise Gemeindevertretung gebunden, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 68 S. 95. In Westphalen gebührt die Vertretung der Jagdgenossenschaft den Einzelgemeinden beziehungsweise deren Vorstehern, nicht den Sammtgemeinden

schließen, ob die Jagd ruhen oder durch einen Jäger von Fach beschossen oder an höchstens drei Personen gemeinschaftlich, auf mindestens 3 und höchstens 12 Jahre verpachtet werden soll. Der Ertrag wird unter die Grundbesitzer verhältnißmäßig vertheilt. Besitzer isolirt gelegener Höfe können sich mit ihren Grundstücken, welche nicht im Gemenge liegen, von dem Jagdbezirke ausschließen und die Jagd ruhen lassen.[9]

2. Welche Thiere sind jagdbar? Zunächst entscheiden hierüber örtliche und provinzielle Normen. In deren Ermangelung rechnet das Landrecht zu den jagdbaren Thieren dasjenige vierfüßige Wild und wilde Geflügel, welches zur Speise gebraucht zu werden pflegt.[10] Neuerdings nimmt man an, daß jagdbar jedenfalls seien Thiere, welche nach dem Gesetze über die Schonzeiten des Wildes vom 26. Februar 1870 zeitweise mit der Jagd zu verschonen sind.[11] Nichtberücksichtigung in diesem Gesetze begründet aber keinen Rückschluß auf die Nichtjagdbarkeit eines Thieres.[12]

3. Der Jagdberechtigte hat nicht etwa Eigenthum an den in seinem Jagdbezirk frei umherschweifenden jagdbaren Thieren. Diese Thiere sind vielmehr im Zustande ihrer natürlichen Freiheit herrenlos[13] bis zu ihrer Besitzergreifung, welche mittels Erlegen, oder durch Mitnehmen des Fallwildes, aber auch durch Unterbringen des Wildes in umzäunten Gehegen geschehen kann. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied vom römischen Rechte. Aber nach römischen Rechte konnte Jeder wilde Thiere durch Okkupation in sein Eigen-

---

und dem an ihrer Spitze stehenden Amtmann, Striethorst Archiv Bd. 67 S. 305. Die Jagdbezirksinteressenten sind befugt, von den Gemeindebehörden Legung einer Rechnung für die Zeit ihrer Verwaltung zu verlangen, jedoch nur an die Gesammtheit der Mitglieder der Genossenschaft, Striethorst Archiv Bd. 95 S. 116. Streitigkeiten der Betheiligten über ihre im öffentlichen Rechte begründeten Berechtigungen und Verpflichtungen hinsichtlich der Ausübung der Jagd sind nach § 105 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1129.

9) Jagdpolizeigesetz § 5. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 284. Für Grundstücke, welche von einem mehr als 3000 Morgen umfassenden, eine einzige Besitzung bildenden Walde ganz oder größtentheils eingeschlossen sind — Waldenklaven —, bestehen besondere Bestimmungen. Auf Verlangen des Waldeigenthümers ist nämlich der Besitzer verpflichtet, nach seiner Wahl entweder die Jagd ruhen zu lassen oder sie dem Waldeigenthümer gegen eine nach dem Jagdertrage zu bemessende Entschädigung zu verpachten. Jagdpolizeigesetz § 7 Abs. 1 und 3. — Vgl. das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 105.

10) L. R. II, 16 § 32. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 34 S. 355. R. G. in Strafsachen Bd. 8 S. 378 erachtete hiernach Kaninchen als jagdbar, sofern sie nach dem Gebrauch der Gegend zur Speise dienen, vgl. aber unten § 231 bei Anm. 3.

11) Hiernach hat das R. G. in Strafsachen Bd. 8 S. 71 erkannt, daß der Dachs ein jagdbares Thier sei, und zwar ohne Rücksicht auf provinzialrechtliche Normen.

12) R. G. in Strafsachen Bd. 5 S. 88.

13) Vgl. L. R. II, 16 § 30. Unbefugte Aneignung von Wild im fremden Jagdbezirk ist daher, solange dasselbe von Jagdberechtigten noch nicht ergriffen wurde, kein Diebstahl.

thum bringen,[14] nach preußischem ist nur der Jagdberechtigte zur Aneignung jagdbarer Thiere befähigt.

Unberechtigte, welche wissentlich in fremden Jagdbezirken jagen, verfallen in öffentliche Strafe.[15] Auch sind sie nicht im Stande, durch ihre widerrechtliche Handlung Eigenthum am jagdbaren Wilde zu erwerben, ebensowenig solche Dritte, welche jagdbares Wild vom Wilderer in Kenntniß des Jagdfrevels erhielten. Vielmehr hat der Jagdberechtigte, so lange das Wild in den Händen solcher Personen ist, das ausschließliche Aneignungsrecht, so, als wenn es sich noch in seinem Jagdbezirke befände.[16] [17]

3. Der Jagdberechtigte hat die Schonzeit des Wildes zu beachten,[18] und sich der Regel nach mit einem polizeilich ausgefertigten Jagdscheine zu versehen,[19] doch hat die Nichtberücksichtigung dieser polizeilichen Vorschriften keinen Einfluß auf das Privatrecht, sondern nur Strafe zur Folge.

5. Das — uralte — Recht der Jagdfolge, vermöge dessen der Jäger das in dem eigenen Reviere angeschossene Wild in dem fremden weiter verfolgen konnte,[20] ist durch das Gesetz vom 31. Oktober 1848 aufgehoben worden.

---

14) Doch durfte auch nach römischem Rechte der Grundbesitzer jedem Dritten das Betreten seines Bodens verbieten, fremde Jagdlustige daher ausweisen, etwa auch, wenn sie sich wissentlich gegen Verbot eindrängten, die actio iniuriarum oder das interdictum uti possidetis gegen sie anstellen. Daher erscheint schon nach römischem Rechte die Jagd in erster Linie als Nutzung eines Grundstücks. l. 26 D. de usuris 22, 1, l. 62 pr. D. de usufr. 7, 1.

15) Vgl. Strafgesetzbuch §§ 292 ff. R. G. in Strafsachen Bd. 22 S. 116; über die im Strafgesetz angedrohte Einziehung vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 15 S. 167.

16) Der Jagdberechtigte kann zum Zwecke solcher Aneignung je nach Umständen den Weg der Selbsthülfe einschlagen, jedenfalls aber die richterliche Beschlagnahme erwirken. Weiter gehen manche neuere Schriftsteller, z. B. Schütze in Bekkers und Muthers Jahrbuch Bd. 6 S. 61 ff., und von Brünneck, das heutige deutsche Jagdrecht und der Eigenthumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wild, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 48 S. 80 ff., bei Gruchot Bd. 16 S. 182 ff., welche den Wilderer als unfreiwilligen Repräsentanten des Jagdberechtigten ansehen, so daß dieser unmittelbar zum Eigenthümer des Gewilderten werde. Die Annahme unfreiwilliger Repräsentation ist jedoch gezwungen, vgl. auch Stobbe D. P. R. Bd. 2 § 149 Anm. 54. Gerber § 93 Anm. 1 ist der von uns vertheidigten Ansicht, wonach durch die Okkupation des Wilderers weder dieser, noch der Jagdberechtigte Eigenthum erhält. Nur darin weicht er ab, daß er annimmt, das Recht des Letzteren falle in Folge dessen praktisch bloß mit einer Forderung auf Auslieferung des erlegten Thieres oder Ersatz seines Werthes zusammen. Vgl. Jhering Jahrb. Bd. 10 S. 472. Ueber die Litteratur der Frage vgl. noch Windscheid Bd. 1 § 184 Anm. 5 b.

17) Das Verbot der Anlegung von Einsprüngen L. R. II, 16 § 60 ist durch die neuere Gesetzgebung beseitigt, Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 72.

18) Gesetz vom 26. Februar 1870 über die Schonzeiten des Wildes §§ 1. 5.

19) Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 §§ 14. 15. 16. 23. 24. 29. Die Fälle, in welchen der Jagdschein versagt oder entzogen werden kann oder muß, bestimmt § 15 des Jagdpolizeigesetzes. Gegen die Versagung oder Entziehung ist nach dem Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 im § 103 Beschwerde beim Bezirksausschuß zulässig.

6. Wegen Wildschadens hatten die beschädigten Grundbesitzer seit dem Jagdgesetz vom 31. Oktober 1848 keinen gesetzlichen Anspruch auf Schadensersatz mehr, wie solchen das frühere Recht kannte. Waren sie doch selbst die Jagdberechtigten geworden. Indessen lag darin eine Unbilligkeit, daß die Jagdpachtgelder in gemeinsamen Jagdbezirken nach Verhältniß des Flächeninhalts vertheilt wurden, ohne daß man den zufolge der Lage ihrer Grundstücke in höherem Maße dem Wildschaden ausgesetzten Grundbesitzern einen entsprechenden größeren Antheil als den weniger gefährdeten gewährte.

Daher erhob sich eine Agitation für Vergütung des Wildschadens, welche zum Wildschadengesetz vom 11. Juli 1891 führte. Hiernach ist Schaden, welchen Schwarz-, Roth-, Elch- und Dammwild, sowie Rehwild und Fasanen in gemeinschaftlichen Jagdbezirken und in Waldenklaven anrichten, dem Beschädigten zu vergüten. Ersatzpflichtig sind in gemeinsamen Jagdbezirken die ihm zugehörigen Grundbesitzer nach Verhältniß der Größe der betheiligten Fläche. Doch soll dem Jagdpächter die Wiedererstattung an diese durch die Jagdpachtverträge in der Regel aufgelegt werden.[21]

7. Ist der Jagdberechtigte befugt, ein noch nicht abgeerntetes Ackergrundstück behufs der Jagdausübung zu betreten? Zweifelsohne;[22] aber nur soweit er die Schranke des civiliter uti nicht überschreitet.

§ 230. Das Fischereirecht.[1]

1. Nur Meer- und Küstenfischerei,[2] z. B. Walfisch-, Herings-, Sardellenfang steht Jedermann frei;[3] Binnenfischerei, d. h. die Fischerei in den übrigen Gewässern bis zu dem Punkte, wo die Küstenfischerei beginnt, ist nicht frei.[4] Die Fischerei erstreckt sich nicht bloß auf Fische, sondern auch

20) L. R. I, 9 § 130 ff. Vgl. Sachsenspiegel II, 61 § 4. Gerber D. P. R. § 93 Anm. 2. Beseler D. P. R. § 196 Anm. 14.

21) Vgl. Holtgreve das Wildschadengesetz vom 11. Juni 1891. Der Beschädigte hat den Schaden binnen 3 Tagen bei der Ortspolizeibehörde (dem Amtsvorsteher u. s. f.) anzumelden, welche einen Vorbescheid über den Schadensersatz erläßt. Dagegen ist Klage im Verwaltungsstreitverfahren zulässig.

22) Entsch. des O. Trib. Bd. 83 S. 185 ff.

1) L. R. I, 9 § 170 ff. Fischereigesetz vom 30. Mai 1874. Hierzu Gesetz vom 30. März 1880.

2) Den Begriff der Küstenfischerei definirt, allerdings zunächst nur im Sinne dieses Gesetzes, das Fischereigesetz § 3. Die Grenzen der Küsten- und der Binnenfischerei werden durch landesherrliche Anordnung festgesetzt.

3) Daher ist in den Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 12 die rechtliche Möglichkeit des Besitzes eines ausschließlichen Fischereirechts im Meere verneint.

4) Das Recht zur Ausübung der Binnenfischerei in solchen Gewässern, welche früher dem freien Fischfang unterlagen, — s. g. wilde Fischerei — ist durch das Fischereigesetz § 7 den politischen Gemeinden in den innerhalb ihrer Gemarkungen belegenen Gewässern zugetheilt. Ebenso sollen Fischereiberechtigungen, welche früher, ohne mit

auf andere nutzbare Wasserthiere, soweit sie nicht Gegenstand des Jagdrechts sind;[5] insbesondere auf Krebse, Austern, Muscheln.

2. Die Flußfischerei wird grundsätzlich als Zubehör des Eigenthums am Flusse angesehen, so daß sie in den öffentlichen Strömen dem Staate,[6] in den Privatflüssen regelmäßig den Uferbesitzern, Jedem bis zur Mitte des Flusses zusteht.[7] Häufig haben jedoch Dritte die Fischereigerechtigkeit am Flusse. Sie hat dann die Natur eines dinglichen Rechtes an fremder Sache.[8] Besteht sie an öffentlichen Flüssen, so ist, wie bei anderen auf Private übergegangenen Regalien, die Vermuthung für ihre Ausschließlichkeit.[9] Dagegen hat die Fischereigerechtigkeit Dritter an Privatflüssen an und für sich die Ausschließung des Fischereirechtes der Uferbesitzer nicht zur Folge, so daß beide Rechte neben einander bestehen, denn die geringere Beschränkung des Rechtes des Eigenthümers ist auch hier zu vermuthen.[10] [11]

Das Fischereirecht am Flusse giebt dem Flußeigenthümer oder dem sonstigen Berechtigten nur das ausschließliche Recht zur Aneignung der im Gewässer sich bewegenden Fische, keineswegs aber Besitz und Eigenthum an denselben.[12] Bei Ueberschwemmungen darf sich daher der Fischereiberech-

---

einem bestimmten Grundbesitze verbunden zu sein, von allen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, der politischen Gemeinde zustehen, Fischereigesetz § 6, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 927.

5) Näheres L. R. I, 9 § 171 ff. Fischereigesetz § 2. Nach dem Gesetz vom 30. März 1880 IV Abs. 1 ist dem Fischereiberechtigten jedoch gestattet, trotzdem sie jagdbar sind, Fischottern, Taucher, Eisvögel, Reiher, Kormorane und Fischaare ohne Anwendung von Schußwaffen zu tödten oder zu fangen und für sich zu behalten, vgl. auch Abs. 2 des § 45 des Fischereigesetzes.

6) Als Regal, L. R. II, 15 § 73. Auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller nahmen überwiegend die Regalität dieses Rechtes an.

7) So Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 306 ff. Heydemann a. a. O. S. 32. Vgl. unten § 252 Anm. 1.

8) Dasselbe bedarf zur Wirksamkeit gegen Dritte — nach § 12 des E. E. Ges., vgl. § 73 der G. B. O. — der Eintragung im Grundbuch, sofern es an Seen und Privatflüssen besteht, die im Grundbuch eingetragen sind, da das Nutzungsrecht der Fischerei, soweit es nicht eine Grundgerechtigkeit bildet, von der Eintragungspflicht nicht ausgenommen ist. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 75.

9) Oben § 226 Anm. 6, vgl. L. R. II, 14 § 32. Die Auslegung von L. R. I, 9 § 170 in der Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 184, Präj. 2576, erscheint uns als verfehlt.

10) Vgl. L. R. I, 19 § 15, Erkenntniß des O. Trib. Präj. 1628a, in Ulrichs Archiv Bd. 12 S. 61 ff., ferner Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 565. 649, Gruchot Bd. 6 S. 618. Dagegen Böle in Ulrichs Archiv Bd. 10 S. 621 ff.

11) Solche Berechtigungen in stehenden oder fließenden Privatgewässern sind ablösbar nach Ergänzungsgesetz zur Gem. Th. O. vom 2. März 1850 Art. 1 Ziff. 7. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 720. Es kommt also auch Art. 12, wonach eine Ersitzung ausgeschlossen ist, zur Anwendung. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 64, bezüglich der Krebse R. G. Bd. 1 S. 372.

12) Was die Okkupation durch einen Nichtberechtigten betrifft, so gelten dieselben Grundsätze wie beim Jagdfrevler. Hinsichtlich der Strafen vgl. L. R. I, 9 § 190, Strafgesetzbuch § 296.

tigte die in dem ausgetretenen Gewässer befindlichen Fische nicht aneignen; auch der Grundeigenthümer darf dies zunächst nicht, wird hierzu aber berechtigt, wenn nach dem Zurücktreten des Wassers Fische in Lachen zurückbleiben.[13]

3. Die in geschlossenen Gewässern — Lachen, Seen — befindlichen Fische stehen im Besitz und Eigenthum des Eigenthümers des Gewässers, so daß er sie bei Ausbruch des Gewässers zurückfordern kann, sofern sie als aus dem Teiche oder See stammend erkennbar sind.[14]

4. Die Ausübung der Fischerei unterliegt im Interesse ihrer Nachhaltigkeit zahlreichen Einschränkungen, insbesondere durch Vorschriften über Schonzeiten, Schonreviere, Anlegung von Fischpässen, Verbot schädlicher Fangmittel.[15] Behufs geregelter Aufsicht, unter Umständen auch gemeinsamer Benutzung können Fischereigenossenschaften zwangsweise aus den Berechtigten gebildet werden.[16] In nicht geschlossenen Gewässern kann ferner gegen Entschädigung das Fischereirecht Einzelner im öffentlichen Interesse wie aus dem eines wirthschaftlichen Betriebes der Fischerei über das gewöhnliche gesetzliche Maß hinaus beschränkt oder aufgehoben werden.[17]

---

13) L. R. I, 9 § 180 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 57 S. 20, Striethorst Archiv Bd. 62 S. 114. L. R. I, 9 § 183 verbietet Veranstaltungen des Grundeigenthümers, welche die Rückkehr der Fische in den Fluß hindern. Für das gemeine Recht erkennt R. G. Bd. 8 S. 181 das Recht des Fischereiberechtigten an, auf überschwemmten Grundstücken zu fischen, indem es von der Auffassung ausgeht, das Eigenthum an überschwemmten Grundstücken sei für die Dauer der Ueberschwemmung suspendirt. Eine befremdende Vorstellung, besonders wenn man an Fälle denkt, welchen, wie z. B. durch den Rhein, Landschaften meilenweit überschwemmt sind. Dann wäre die rechtliche Verfügungsmacht, es wäre jede dingliche Klage bezüglich der Grundstücke suspendirt! Doch das R. G. stützt sich auf l. 23 D. q. m. u. a. 7, 4 und l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

14) L. R. I, 9 § 177 ff. Abweichend ist römisches Recht l. 3 § 14 D. de a. v. o. p. 41, 2 eos pisces, qui in stagno sint ... non possideri. Anderer Ansicht bereits Donellus comm. IV, cap. 8 n. 5. — Im Sinne des Fischereigesetzes sind nach dessen § 4a geschlossene Gewässer künstlich angelegte Fischteiche, sowie Gewässer, bei denen es an einer für den Wechsel der Fische geeigneten Verbindung fehlt, in beiden Fällen jedoch nur, wenn der Fischfang nur einem Berechtigten zusteht. Ueber die Frage, ob ein geschlossenes Gewässer vorliegt, ist mit Ausschluß des Rechtsweges im Verwaltungswege zu entscheiden. Da hierfür die Frage mit entscheidet, ob die Fischereiberechtigung nur einem Besitzer gebührt, so hat der Richter im Verwaltungsstreitverfahren auch hierüber zu entscheiden. Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 4 S. 282. Dem Civilrichter wird aber hierdurch bezüglich dieser Frage nicht vorgegriffen. Sein Urtheil kann daher, wenn es hinsichtlich der Frage des Alleineigenthums von dem im Verwaltungsstreitverfahren abgegebenen Bescheide abweicht, dessen Abänderung herbeiführen.

15) Fischereigesetz § 21 ff.; es gehört hierher auch die Nothwendigkeit von Fischereierlaubnißscheinen nach § 11 ff.

16) Fischereigesetz § 9. 10. Diese Genossenschaften haben Korporationsrechte.

17) Fischereigesetz § 5. Schädigt der Staat die Fischereiberechtigten in einem öffentlichen Fluß durch Aenderungen am Flußbett, so ist er ihnen entschädigungspflichtig, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 947, Bd. 31 S. 883.

5. Andererseits haben die Fischereiberechtigten besonderen gesetzlichen Schutz gegen gewisse Maßnahmen Dritter, welche dem Fischertrag schädlich werden können.[18]

§ 231. Die freie Okkupation.

Sofern herrenlose bewegliche Sachen nicht durch besonderen Rechtssatz bestimmten Personen vorbehalten sind, unterliegen sie der freien Okkupation —, also durch Jedermann. Es gehören hierher:

1. Naturerzeugnisse, welche Niemandem zu eigen sind, z. B. fließendes Wasser, Eis der Flüsse, Vogeleier.

2. Wilde Thiere, welche weder dem Jagdrecht noch dem Fischereirecht unterliegen, kann sich Jeder durch Thierfang aneignen, wenn sie sich in ihrem Naturzustand befinden.[1] [2]

Zu solchen Thieren gehören unter Anderm die Insekten — von den Bienen abgesehen — Kaninchen,[3] Marder, Bären, Wölfe.

Es macht keinen Unterschied, ob die Thiere noch Niemanden gehörten oder ob sie bereits eingefangen waren, aber in den Naturzustand zurückgefallen sind. Das letztere ist bei gefangen gehaltenen der Fall, wenn sie entflohen sind und frei umherschweifen, bei gezähmten, wenn sie die Gewohnheit zurückzukehren aufgeben.[4]

Zahme oder Hausthiere — z. B. Pferde, Rindvieh, Gänse, Hühner, auch der zahme Schwan[5] verbleiben dagegen ihrem bisherigen Eigenthümer, auch wenn sie sich verlaufen und verlernen zurückzukehren. Höchstens geht hierdurch der Besitz an ihnen unter.

---

18) In dieser Hinsicht bestimmt L. R. I, 9 § 187: in Privatflüssen, in welchen Mehrere die Fischerei haben, dürfe Niemand, der nicht ein besonderes Recht dazu habe, durch Versetzung des Flusses ober= oder unterhalb den freien Gang der Fische hindern. Es bezieht sich dies auch auf Versetzungen, welche einzelne Flußarme betreffen; ein besonderer Beweis der Schädlichkeit ist nicht erfordert. Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 105 ff. Weitere Bestimmungen behufs Beseitigung der Hindernisse für den Wechsel der Fische und der Oeffnung von Fischpässen giebt Fischereigesetz §§ 20. 35 ff. Ueber die der Fischerei schädliche Verunreinigung der Gewässer durch Einführung von Stoffen aus landwirthschaftlichen oder gewerblichen Betrieben enthält das Fischereigesetz § 43 Bestimmungen, welche dieselbe für die Regel verbieten, so daß auch negatorisch geklagt werden kann. Wird dem Fluß das Wasser durch Bewässerungsanlagen entzogen, so haben Fischereiberechtigte höchstens Anspruch auf Schadensersatz, kein Widerspruchsrecht. Gesetz vom 28. Februar 1843 § 18. In Bezug auf Entwässerungen vgl. Vorfluthedikt vom 15. November 1811 § 31.

1) L. R. I, 9 § 117.

2) L. R. I, 9 § 107 ff.

3) Wildschadengesetz vom 1. Juni 1891 § 15.

4) L. R. I, 9 §§ 109. 110 § 15 J. de rer. div. 2, 1: eosque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Die Frage, wann diese Gewohnheit aufgegeben sei, ist natürlich eine thatsächliche, nach Art und Brauch des betreffenden Thieres zu beurtheilende.

Der Thierfänger wird Eigenthümer des eingefangenen wilden Thieres, auch wenn er es auf fremdem Grundstück erbeutet. Ist er aber dort zum Zweck des Thierfangs wider Willen des Grundeigenthümers eingedrungen, so muß er diesem das Gefangene unentgeltlich herausgeben.[6]

Tauben gehören nicht zu wilden, sondern zu Hausthieren. Dennoch unterliegen Feldtauben in mehreren Fällen dem Thierfang eines Jeden.[7]

Hausbienen behandelt das Landrecht nicht mehr, wie das römische Recht, als wilde, sondern nach ihrer heutigen Beschaffenheit als zahme Thiere.[8]

Hiernach gehören dem Eigenthümer des Mutterstocks auch die ausfliegenden Bienenschwärme. Er hat ein Nachfolgerecht auf fremden Boden zu deren Einfangen gegen Verpflichtung zum Ersatz des hierbei verursachten Schadens. Dies gilt auch für den Fall, daß der Schwarm in eine fremde, nicht besetzte Wohnung einzog.

Er verliert sein Eigenthumsrecht erst „wenn er die Verfolgung gänzlich aufgiebt." Hierzu genügt nicht, daß die Verfolgung nicht sofort, z. B. wegen „einbrechender Dunkelheit oder wegen anderen Angelegenheiten" in das Werk gesetzt, ebensowenig daß sie unterbrochen wird.

---

5) R. G. in Strafsachen Bd. 21 S. 345.

6) L. R. I, 9 §§ 115. 125. Vgl. Leyser med. spec. 440 m. 4. Der Anspruch ist ein persönlicher. Er steht dem Grundeigenthümer zu. Der Jagdberechtigte als solcher hat keinen Anspruch auf Herausgabe der nicht jagdbaren Thiere, auch nicht, wenn er sie angeschossen hat. Anders bei Gruchot Bd. 20 S. 558 ff.

7) Das römische Recht behandelte Tauben als ihrer Natur nach wilde Thiere, so daß sie herrenlos wurden, wenn sie wegflogen und den animus revertendi verloren, § 15 J. d. r. d. 2, 1. Dies kann nicht als heutigen Rechtes gelten. In Schlägen gehaltene Tauben sind Hausthiere, an welchen Eigenthum auch dann nicht erlischt, wenn sie sich verfliegen, vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 20 S. 271. Da sich die Tauben von den Feldfrüchten zu nähren pflegen, so steht das Recht, Tauben zu halten, in Ermangelung anderer örtlicher Regelung nur den Besitzern und Nutzungsberechtigten der Feldmark nach Verhältniß des Ackermaßes zu. L. R. I, 9 § 112 ff. Nach der Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 § 40 sind Tauben, welche ohne Recht gehalten werden, Gegenstand des Thierfanges. Es können auch die Besitzer der Feldflur negatorisch gegen das unbefugte Halten von Tauben klagen. Zu gewissen Zeiten — insbesondere der Saat- und Erntezeit — sollen Tauben eingehalten werden. In Gemäßheit der Feldpolizeiordnung § 40, Kreisordnung vom 13. December 1872 § 135 IV, Ziff. 3, Gesetz vom 26. Juli 1876 § 84 kann durch Gemeindebeschluß das Einfangen auch der rechtmäßig gehaltenen Tauben während der Saat- und Erntezeit freigegeben werden, wenn sie sich außerhalb des Schlages, beziehungsweise des Gehöftes des Besitzers befinden.

8) Von Bienen handelt L. R. I, 9 §§ 115 bis 126. Die juristischen Ausgangspunkte des Gesetzes sind keineswegs durchsichtige. Doch erhellt aus § 121, daß die Bienen „zahme" Thiere sind, vgl. Bälz das Recht an Bienen 1890. Hiernach sind die in unseren früheren Auflagen vorgetragenen Auffassungen nicht haltbar. Einzelne Sätze des Bienenrechts, welche sich aus allgemeinen Grundsätzen ergeben, sind folgende. Das Eigenthum an dem Bienenschwarm erlischt, wenn dieser in einem mit Bienen besetzten, fremden Stock einzieht, da dann der Schwarm von dem alten Bestand nicht mehr zu unterscheiden ist; anders wenn der Schwarm in einen fremden, mit Bienen nicht besetzten Stock einzieht. Vereinigen sich Schwärme verschiedener Eigenthümer zu einem Gesammtschwarm, so darf ihn Jeder derselben einfangen. Der Gesammtschwarm ist Miteigenthum der Eigenthümer der Mutterstöcke, sofern dieselben die Verfolgung nicht aufgegeben haben.

3. Verlassene — derelinquirte — bewegliche Sachen, an welchen der Eigenthümer das Eigenthum aufgab, unterliegen der freien Okkupation.[9]

Dereliktion ist es aber nicht, wenn der Eigenthümer seine Sachen der Aneignung Dritter offen stellt, ohne sie unmittelbar aufzugeben.[10] Hierin liegt vielmehr ein Angebot der Uebergabe. Daher verbleibt dem Eigenthümer die Vindikation, wenn Jemand zugriff, welcher zu den Personen nicht gehörte, welchen die Aneignung verstattet sein sollte.[11]

4. Willkürliche Gewinnung des Eigenthums feindlicher Privatpersonen findet in der Allgemeinheit, wie sie das römische Recht kannte, nach jetzigem Völkerrecht nicht mehr statt.[12] Jedoch gelten bewegliche Sachen, welche deutsche Soldaten im Kriege feindlichen Truppen oder Marketendern und Lieferanten wegnehmen, als Beute und werden dem Okkupanten zu Eigen.[13] Ebenso ist die Aneignung — Plünderung — von beweglichen Sachen feindlicher Privater, auch wenn diese nicht zum feindlichen Heere gehören, auf Grund besonderer Ermächtigung der Truppenbefehlshaber und nach Maßgabe derselben in Folge des Nothzustandes des Krieges gestattet.[14] Dem Feinde wird das gleiche Recht grundsätzlich nicht zugestanden. Der Eigenthümer von Sachen, welche der Feind erbeutet hat, kann sie daher bei deutschen Gerichten vindiciren, jedoch nur gegen Erstattung des für dieselben vom Besitzer gezahlten Preises. Nahmen unsere Truppen dem Feinde die Beute ab, welche er im Inlande gemacht hatte, so erhalten sie, wenn dieselbe vom Feinde bereits in Sicherheit gebracht war, eine Belohnung auf Kosten des Eigenthümers; meldet sich der Eigenthümer nicht, so verbleibt den Truppen die Beute.[15]

---

9) L. R. I, 9 § 14. Ein krankes Thier, welches der Besitzer hülflos sich selbst überließ, wird das Eigenthum desjenigen, welcher für dessen Pflege und Wiederherstellung sorgt. L. R. I, 9 § 18. Die der l. 2 D. qui sine manumissione 40, 8 nachgebildete Bestimmung gehört jedoch nicht zur Lehre von der Dereliktion.

10) Keine Dereliktion liegt in der absichtlichen Aufgabe des Besitzes, wenn die Absicht fehlte, sich auch des Eigenthums zu entschlagen, vgl. L. R. I, 9 § 17. Daher ist die Aneignung der bei den Uebungen der Artillerie verschossenen Munition unzulässig, K. O. vom 23. Juli 1833. Ebenso verhält es sich mit Sachen, welche Reisende, die den Zoll defraudirten, aus Furcht vor der Strafe zurückließen.

11) Z. B. es werden Drucksachen bei einer wissenschaftlichen Vereinigung ausgelegt, welche jedes Mitglied, das sich für dieselben interessirt, an sich nehmen kann. Nichtmitglieder würden durch die Ansichnahme nicht Eigenthümer. — Die im Text entwickelte Unterscheidung liegt wohl L. R. I, 9 §§ 343—349 zu Grunde. Vgl. auch Exner Tradition S. 12 ff., l. 9 § 7 D. de a. r. d. 41, 1 in Bezug auf die gemeinrechtlichen Auffassungen.

12) l. 5 § 7. l. 51 § 1. D. d. a. r. d. 41, 1. Gans Beitr. S. 155 ff. Gruchot Bd. 7 S. 82 ff. Heffter das europäische Völkerrecht § 130 ff.

13) Vgl. L. R. I, 9 § 196. Gegen die Nothwendigkeit besonderer Genehmigung des Truppenbefehlshabers, welche Förster forderte, Eccius a. a. O. Bd. 3 § 175 Anm. 65.

14) L. R. I, 9 § 197 ff. Kriegs- und Mundvorräthe sollen jedoch dem Staate abgeliefert werden, L. R. I, 9 § 195.

Feindliches Privateigenthum zur See ist in höherem Grade der Wegnahme ausgesetzt, als das zu Lande. Nicht nur unterliegt ihr Kriegskontrebande, d. h. Sachen, welche dem Feinde zur Fortsetzung des Krieges zugeführt werden, der Wegnahme sind auch feindliche Schiffe und feindliches Gut auf feindlichen Schiffen unterworfen. Das Eigenthum an solchen Sachen wird aber erst durch Zuschlag Seitens der sogenannten Prisengerichte erworben.[16] [17]

§ 232. Recht des Finders.[1]

Nach römischem Recht durfte, da Finden kein Grund zum Eigenthumserwerb war, der Finder über die gefundene Sache nicht für sich verfügen, auch wenn das Wiedererscheinen des Eigenthümers sich noch so sehr verzögerte und zweifelhaft wurde. Selbst die Ersitzung griff der Regel nach nicht ein.[2] Dagegen war dem deutschen Rechte eine Auffassung, wonach die gefundene Sache in den Händen des Finders Jahre hindurch ein todtes Kapital bleiben kann, stets fremd. Vielmehr theilte das ältere Recht die Fundsache, wenn sich deren Eigenthümer nicht meldete, vorzugsweise dem Gerichtsherrn des Fundortes, oder auch einem Gotteshause, oder zu gewissen Theilen dem Finder zu.[3]

Auf deutschen Rechtsanschauungen ruht das preußische Recht, welches den Fund, wenn dessen Eigenthümer nicht zu ermitteln ist, dem Finder, bei größeren Beträgen gemeinsam mit der Armenkasse des Ortes zuweist. Nach Landrecht geschah dies durch gerichtliches Zuschlagserkenntniß. Die neueste Gesetzgebung kennt nur ein Aufgebotsverfahren, welches auf den Ausschluß des Eigenthümers abzielt; der Zuschlag geschieht aber nicht mehr.[4]

---

15) L. R. I, 9 § 199 ff.

16) Nach der Pariser Deklaration vom 16. April 1856 gelten folgende Grundsätze: 1) die Privatkaperei ist abgeschafft, 2) die neutrale Flagge deckt feindliche Waare mit Ausnahme der Kriegskontrebande, 3) die neutrale Waare ist mit Ausnahme der Kriegskontrebande auf feindlichen Schiffen der Beschlagnahme nicht unterworfen. Die Deklaration ist bei uns publicirt durch V. vom 12. Juni 1856.

17) Prisenreglement vom 20. Juni 1864, übrigens vom Abgeordnetenhause wegen Mangels der Zustimmung des Landtages für rechtsungültig erklärt.

1) L. R. I, 9 § 19 ff. Gans Beitr. Bd. 1 S. 18. Wandersleben die Behandlung der Fundsachen, bei Gruchot Bd. 25 S. 872, insbesondere aber die Gutachten von Eck, Daude, Bonitz über die Frage: Wie ist die Behandlung gefundener Sachen civilrechtlich einheitlich zu regeln? in den Verhandlungen des sechszehnten deutschen Juristentages 1882 Bd. 1 S. 41, 341; 65, 170. Ueber gemeines Recht Delbrück in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 1—55.

2) l. 6. l. 7 D. pro derelicto 41, 7. l. 43 § 9 D. de furtis 47, 2.

3) Vgl. Sachsenspiegel II, 37 § 1, ferner die bei Delbrück a. a. O. S. 9 ff. und Kraut § 77 n. 35 ff. Citirten.

4) Vgl. unten Anm. 16, § 23 Abs. 2 und 4 des Ausführungsgesetzes zur R. C. P. O. vom 24. März 1879.

1. Nicht zweifellos ist, wann von einem Fund geredet werden kann? Der Finder muß eine Sache an sich genommen haben, welche entweder der Gewahrsam ihres Inhabers entkommen war, oder wenigstens in einer Lage angetroffen wird, in welcher der Finder mit gutem Schein, wenn auch vielleicht irrthümlicherweise, glauben konnte, daß ihr bisheriger Inhaber die Sache verloren habe.[5] Entdeckung allein genügt nicht, vielmehr ist erforderlich, daß der Entdecker die Fundsache in seine Gewahrsam nahm.[6]

2. Der Finder übernimmt hiermit eine unbeauftragte Geschäftsführung, welche ihn zur Verwahrung der Sache und zur Vornahme der gesetzlich vorgeschriebenen wie auch der nach der Sachlage gebotenen Maßnahmen behufs Ermittelung des Verlierers verpflichtet.[7] Allerdings darf er dieser Geschäftsführung wieder ein Ende machen,[8] jedoch nicht so, daß er den Verlierer schlechter stellt, als vor der Wegnahme, z. B. nicht durch Wegwerfen der Sache an einen Ort, wo sie dem Verlierer leichter dauernd abhanden kommt, als am Fundorte.

3. Die Fundsache ist dem ermittelten Verlierer zurückzugeben ohne Rücksicht darauf, ob dieser ein Recht an der Sache nachweisen kann oder nicht. Dies erleidet aber eine Ausnahme, wenn dessen Unredlichkeit offensichtlich ist, z. B. ein Dieb verliert die gestohlene Sache, ehe er sie in Sicherheit gebracht hat. In solchem Falle hat die Aushändigung an den Bestohlenen zu erfolgen.

Der Rückempfänger hat die Kosten der Aufbewahrung und Erhaltung der Sache, so wie des etwaigen Ermittlungsverfahrens zu tragen. Auch

---

5) Posten, Lokomotivbahnen, Pferdeeisenbahnen erklären in ihren Reglements, daß sie die zurückgebliebenen Sachen für ihre Passagiere aufbewahren. Mit Aufnahme der Reisenden wird dies Vertrag. Man kann daher mit Grund sagen, daß die Reisenden, solange ihre Sachen in den Wagen, Wartesälen oder sonstigen für das Publikum bestimmten Räumen bleiben, die Gewahrsam, welche die Verkehrsanstalt für sie übt, noch nicht verloren haben. Dritte können also richtiger Ansicht nach hier nicht „finden“, und keine Finderrechte in Anspruch nehmen; wollen sie für den Verlierer sorgen, so haben sie dem die Aufsicht führenden Personal den Fund anzuzeigen. Diese Auffassung entspricht dem Interesse der Verlierer und der öffentlichen Ordnung. Vgl. noch Behrend bei Gruchot Bd. 32 S. 444.

6) Sind Mehrere gleichzeitig bestrebt gewesen, die Sache an sich zu nehmen, und bleibt es zweifelhaft, wem dies zuerst gelang, so sollen sie sich in die Finderrechte theilen. Vgl. L. R. I, 9 §§ 67 ff. 9 ff. Vgl. auch oben § 228 Anm. 2.

7) Gegen die Annahme einer negotiorum gestio Förster; ihm tritt Eccius entgegen a. a. O. Bd. 3 § 175 Anm. 5. Rechtswidrige Zueignung der gefundenen Sache ist Unterschlagung. Strafgesetzbuch § 246.

8) Wer eine Sache findet und in der Meinung an sich nimmt, es werde ihm gelingen, den Eigenthümer bald zu ermitteln, wer z. B. ein frei laufendes Pferd abfängt, weil er den Reiter, den es abwarf, in Kürze zu treffen wähnt, wird keineswegs die Sache unter allen Umständen an sich behalten und sich mit Weitläuftigkeiten belasten müssen, welche ihn an Verfolgung eigener dringender Angelegenheiten behindern. Dies ist auch nicht der Sinn von L. R. I, 9 § 19. Die Folge übertriebener Anforderungen solcher Art, für welche übrigens kein Rechtsgrund besteht, kann nur sein, daß sich Redliche hüten werden, sich mit einem Fund zu befassen. Wer Andere aber verdrängt hat, welche

schuldet er Finderlohn, und zwar $^1/_{10}$ des Werths, welchen die Fundsache nach Abzug der Kosten hat, wenn dieser Werth 1500 Mark nicht übersteigt, und, soweit der Werth ein höherer ist, außerdem je 1 % des Mehrbetrages.[9] Der Anspruch des Finders kann im Wege der Zurückbehaltung wie der Klage geltend gemacht werden.[10]

4. Der Finder ist verpflichtet, den Fund, sofern er ihn nicht unmittelbar dem Verlierer zurückgeben kann, der Ortspolizei innerhalb 3 Tagen vom Fund an gerechnet anzuzeigen,[11] und zwar unter dem Rechtsnachtheil des Verlustes seines Rechtes auf Finderlohn;[12] Verschweigen über 4 Wochen hinaus begründet die Vermuthung des unredlichen Besitzes.[13] Der Finder ist nicht verpflichtet, den Fund an eine öffentliche Stelle abzuliefern, es steht ihm aber die Hinterlegung des Fundes bei der Polizei frei, wobei er jedoch die Kosten vorzuschießen hat.[14] Auf seinen Antrag hat das Gericht, wenn die Sache dem Verderben oder beträchtlicher Verminderung des Werthes unterworfen ist, öffentlichen Verkauf zu verordnen.[15]

---

den Fund versorgen wollten, ist natürlich nicht berechtigt, die so übernommene Geschäftsführung aufzugeben.

9) L. R. I, 9 § 62 ff. Der Finderlohn wird geschuldet, mag der Verlierer durch obrigkeitliche Maßnahmen ermittelt sein oder sich in anderer Weise ergeben. Er ist als billige Vergütung der auftraglosen Geschäftsführung anzusehen. Das Züricher G. B. § 628 überläßt die Festsetzung des Finderlohns in Ermangelung einer Einigung der Betheiligten dem Ermessen des Gerichtes. Dies ist wenig zweckmäßig, weil es zu Prozessen führt und wenig ermuntert, sich in die beschwerliche Lage eines Finders zu begeben. — Von verlaufenem zahmem Vieh beträgt die Belohnung des Finders nicht mehr, als das Pfandgeld im Fall der Pfändung betragen hätte, L. R. I, 9 § 66. — Hat die Sache keinen in Geld schätzbaren Werth, ist sie z. B. ein Beweisdokument, ein Privatbrief, so besteht auch kein Recht auf Finderlohn oder Ausschlußurtheil.

10) Wie aber, wenn der Finder die Fundsache ohne Vorbehalt zurückgab? Gruchot Bd. 6 S. 458 verneint in diesem Fall den Anspruch auf Finderlohn. Damit wird aber gerade der ehrliche und bescheidene Finder des Finderlohns beraubt, vgl. Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 30 Nr. 2. Verzichte sind nicht zu vermuthen. Vgl. auch oben § 85 bei Anm. 10.

11) L. R. I, 9 § 20. Nach L. R. hatte die Anzeige bei dem Gerichte zu geschehen, nach jetziger Verfassung ist die Polizei an die Stelle getreten.

12) L. R. I, 9 § 70 besagt: Wer die Anzeige über 3 Tage verzögert, macht sich der Belohnung verlustig. Ob sich dies bloß auf den Finderlohn — § 62 — oder auch auf den Anspruch auf die Fundsache im Fall der Nichtermittlung des Verlierers beziehen sollte, ist streitig. Richtig ist die erstere Auffassung, weil vom L. R. in den §§ 62 und 69 nur der Finderlohn als „Belohnung" bezeichnet wird, zudem es auch sonst an einer zur Sache berechtigten Person fehlen würde. So auch Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 148.

13) L. R. I, 9 § 71.

14) Nach L. R. I, 9 § 31 ff. mußte der Finder die Sache an das Gericht abgeben, doch konnte ihm dieses die Verwahrung übertragen, nach Umständen hatte es Verkauf der Sache anzuordnen. Auch hatte das Gericht von Amtswegen ein Aufgebotsverfahren zu veranlassen; blieb dasselbe erfolglos, so geschah der Zuschlag.

15) L. R. I, 9 § 27, Ausführungsgesetz § 23. Die Fundsache bleibt beim Verlierer. Die Polizeibehörde ist durch das bei Anm. 20 citirte Reglement verpflichtet,

5. Der Finder, wie bei Funden von höherem Werth als 300 Mark die Armenkasse, sind weiter befugt, ein gerichtliches Aufgebotsverfahren zu beantragen und ein hierauf gestütztes Ausschlußerkenntniß zu erlangen. Durch dasselbe wird dem unbekannten Verlierer oder Eigenthümer, welcher sich nicht gemeldet hat, nur der Anspruch auf Herausgabe des durch den Fund erlangten und zur Zeit der Erhebung des Anspruches noch vorhandenen Werthes vorbehalten, jedes weitere Recht gegen den Finder aber ausgeschlossen. Erfolgt hiernach ein Zuschlag zu Eigenthum an den Finder nicht mehr, so hat dieser doch in Folge des Ausschlusses des Verlierers eine gesicherte Besitzstellung. Nur dem redlichen Finder kommt aber das Ausschlußerkenntniß zu Gute.[16] [17]

Die Armenkasse des Fundortes hat bei Beträgen über mehr als 300 Mark einen Anspruch auf die Hälfte jenes Mehrwerths der Fundsache gegen den Finder.[18] [19]

---

im Fall des Verdachtes der Fundunterschlagung die Beschlagnahme vorzunehmen. Vgl. unten Anm. 20.

16) Die Motive der Regierungsvorlage, ohne welche die Bestimmung des Ausführungsgesetzes kaum verständlich ist, besagen: „Können solche Rechte nicht mehr geltend gemacht werden, so ist der Finder im Stande, durch Besitznehmung Eigenthum zu erwerben, § 9 A. L. R. I, 9, die Armenkasse, welche ihren Anspruch auf einen Theil des Fundes behält, ist im Stande, jeden Anspruch auf den ihr vom Finder überlassenen Theil des Fundes zurückzuweisen. Es wird dabei angenommen, daß das Ausschlußurtheil nur demjenigen, welcher dasselbe ausgebracht hat, und dessen Rechtsnachfolgern zu Statten kommt und daß der Armenkasse, welche den Besitz der Sache nur vom Finder erlangen kann, nur ein Anspruch auf Herausgabe gegen den Finder zusteht. Durch die Beschränkung des Ausschlußurtheils auf die Person des unbekannten Verlierers oder Eigenthümers wird dem Antragsteller, welcher mala fide handelt, jeder rechtmäßige Erwerb der Sache abgeschnitten." An Stelle des folgerechten Systems des Landrechts, welches allerdings reformbedürftig war, ist hierdurch ein durchaus zweifelhafter Rechtszustand gesetzt. Wie andere Erkenntnisse wirkt auch das Ausschlußerkenntniß nur zu Gunsten des Antragstellers; also inter partes, nicht inter omnes. Wenn das Gesetz die Folgen dieses Erkenntnisses dahin bestimmt, daß „jedes weitere Recht des Verlierers ausgeschlossen sei," so kann dies nur heißen gegenüber demjenigen, welcher das Aufgebotsverfahren ausbringt. Hiervon gehen auch die Motive aus. Anderer Ansicht Eck a. a. O. Der bisherige Eigenthümer behält daher grundsätzlich sein Eigenthum, da dieses ein absolutes Recht bildet; dasselbe ist jedoch in Folge des Ausschlußerkenntnisses beschränkt; der Finder kann die Sache nicht als eine herrenlose okkupiren, er hat nur geschützten Besitz, welcher das bisherige Eigenthum nicht aufhebt. Die zu anderem Resultate gelangenden Ausführungen von Eccius Bd. 3 § 175 Anm. 21 sind nicht juristisch. Es kommt aber praktisch auf diese theoretischen Streitfragen nichts an. Die Sache erledigt sich thatsächlich, der Finder verfügt über den Fund nach dem Ausschlußurtheil selbständig.

17) Auch nach Landrecht war anzunehmen, daß der Zuschlag demjenigen nicht zu Gute kam, welcher nachweisbar im Augenblick der Zufertigung des Erkenntnisses den Verlierer und dessen Aufenthalt kannte, da Niemandem sein Dolus nützen soll. L. R. I, 3 § 35.

18) L. R. I, 9 § 44 ff. Da nach dem Bundesgesetz vom 6. Juni 1870 die Grenzen der Gemeinden und Gutsbezirke sich mit denen der Armenverbände decken, so hat L. R. I, 9 § 48 keine Anwendung mehr. Nach dem Ausführungsgesetz § 23 Abs. 6 besteht nur noch ein persönlicher Anspruch der Armenkasse gegen den Finder.

19) Besondere Bestimmungen enthält das Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 26 bezüglich unbestellbarer Postsendungen, deren Absender nicht aufzufinden sind, sowie bezüglich der in Postanstalten zurückgelassenen Sachen — insbesondere Passagier-

6. Auch die Polizei übernimmt, nachdem ihr der Fund bekannt wird, im Interesse des Verlierers eine Geschäftsführung. Das vom Ministerium des Innern erlassene Reglement vom 21. April 1882 hat deren Einzelheiten in entsprechender Weise bestimmt und damit Lücken der Gesetzgebung möglichst befriedigend ergänzt.[20]

§ 233. Erwerb des Schatzes.[1]

1. Verschieden von den Regeln über den Erwerb des gewöhnlichen Fundes sind die Grundsätze über den Schatzfund. Was aber ist das unterscheidende Merkmal zwischen Beiden? Der deutsche Sprachgebrauch bezeichnet in Ueberein-

---

effekten —, deren Eigenthümer nicht zu ermitteln ist. Sie, beziehungsweise ihr Verkaufsertrag, fallen an die Postarmen- und Unterstützungskasse. Auch das Betriebsreglement der deutschen Eisenbahnen enthält Bezügliches. Im Bezirk der Bahnverwaltung und in ihren Wagen gefundene Gegenstände beziehungsweise ihr Verkaufsertrag werden drei Monate aufbewahrt. Dann soll nach den allgemeingültigen Bestimmungen über Fundsachen verfahren werden. Von einer Anzeige bei der Ortspolizeibehörde wird in diesen Fällen Abstand genommen. Aehnlich verfahren andere größere Verkehrsanstalten, z. B. Pferdebahnen, dem Zwange der Lage entsprechend. Vgl. oben Anm. 5.

20) Vgl. Kayser Reichsjustizgesetze n. 124. Eine sehr ungünstige Beurtheilung haben die Bestimmungen dieses Reglements durch Eccius Bd. 3 § 175 Anm. 16, 20, 25, 26 gefunden. Nicht daß er sie für unzweckmäßig hielte, aber es fehlt ihm die gesetzliche Grundlage. Er kann sie insbesondere nicht vereinigen mit dem Ausspruch von L. R. I, 9 § 19, wonach Finden zum Zurückgeben verpflichtet, als wenn hierin ein ausnahmsloses Dogma und nicht bloß die Einschärfung der regelrechten Verpflichtung läge. Das Reglement schreibt vor, daß die Polizeibehörden ein Verzeichniß der Fundanzeigen anzulegen, die Funde durch Aushang oder Auslegung im Polizeilokal 14 Tage hindurch bekannt zu machen, bei Gegenständen über 3 Mark in öffentlichen Blättern zu veröffentlichen haben, und zwar unter Aufforderung an den Verlierer, sich binnen bestimmter Fristen zu melden, so daß nach Ablauf der Abhebungsfrist Sachen unter 300 Mark ohne Weiteres dem Finder, oder, wenn er dies will, der Armenkasse überlassen werden. Die von der Behörde reglementmäßig gemachten Ausgaben sind aus dem Funde oder dessen Erlös zu entnehmen. Eccius — Anm. 26 — fehlt hiefür der „gesetzliche Boden," als wenn es nicht selbstverständlich wäre, daß der negotiorum gestor Vergütung nützlich aufgewendeter Kosten erhält, vgl. L. R. I, 13 § 235. Die Polizei wird weiter verpflichtet, sich der ihr vom Finder angebotenen Verwahrung zu unterziehen, und den Fund dem herauszugeben, welcher sich ihr als Verlierer legitimirt. Eccius erachtet — Anm. 25 — nicht bloß den Finder in solchen Fällen gegenüber Klagen des Verlierers fortdauernd für passiv legitimirt, trotzdem, daß er sich der weiteren Geschäftsführung in durchaus entsprechender Weise entledigt hat, sondern meint sogar, wenn die Polizeibehörde die Sache einem Unberechtigten herausgäbe, könne sich der Finder auf deren Entscheidung nicht berufen, der wahre Verlierer könne ihn trotzdem „mit Recht" auf Herausgabe der Sache in Anspruch nehmen! Und doch ist der Finder, wie Eccius anerkennt, ein Geschäftsführer, welcher nach L. R. I, 13 § 237 nur für grobes Versehen haftet. Die Polizeibehörde hat endlich in gewissen Fällen, um der Sache ein Ende zu machen — namentlich bei Beträgen unter 300 Mark, wenn der Finder auf seine Ansprüche verzichtet — die Fundsache zu verkaufen und den Erlös nach einem Jahre, vorbehaltlich der Ansprüche etwaiger Berechtigter, der Kasse der Polizeiverwaltung zu überweisen. Auch das rechtfertigt sich vom Gesichtspunkt der Geschäftsführung und der praktischen Vernunft. Für Eccius liegt „ein Verkauf zu Unrecht vor, welchen das Gesetz nicht sanktionirt"! Nach Eccius — Anm. 16 — ist sogar der nach § 19 des Titels mit der Pflicht zur „Rückgabe an den Eigenthümer belastete Finder nicht von der Verantwortlichkeit gegen den Verlierer frei,

stimmung mit den römischen Quellen als Schatz nur, was **längere Zeit verborgen** war und dessen Eigenthümer, nachdem es aufgefunden wird, nicht zu ermitteln ist.[2] Was bloß vorübergehend, z. B. bei einer Feuersbrunst, einem Erdbeben verschüttet und alsbald wieder aufgegraben wurde, ist, wenn der Eigenthümer nicht festzustellen, also Fund, nicht Schatz.[3]

2. Wie nach römischem Rechte, fällt nach Landrecht die eine **Hälfte des Schatzes an den Eigenthümer des Fundortes** zur Zeit des Fundes, **die andere Hälfte an den Finder**. Wer jedoch nach Schätzen auf einem fremden Grundstück ohne Bewilligung des Eigenthümers suchte, wer ferner magische Künste anwendete, und wer polizeilichen Verboten zuwider handelte, verliert als der Glücksgabe unwürdig sein Anrecht zu Gunsten des Fiskus.[4] Der Erwerb des Schatzes beruht unmittelbar auf dem **Gesetze**,[5] keineswegs auf dem Gesichtspunkte der Okkupation einer herrenlosen Sache,[6] welchen Manche geltend machten. Daher wird der **Entdecker**, und nicht der Okkupant Eigenthümer der Schatzhälfte, wenn beide zufälligerweise verschiedene Personen sind, z. B. ein Arbeiter den Schatz entdeckt und sein Dienstherr ihn an sich nimmt.[7] Daher ist auch die, auf den Gedanken der Okkupation gegründete, Behauptung zu verwerfen, daß der Grundeigenthümer auf die ihm zustehende Schatzhälfte nur einen **persönlichen** Anspruch gegen den Finder

---

ebensowenig, wie wenn er selbst in einem vom Gesetz nicht gebilligten Fall verkauft hätte"! Ueberflüssig ist, wenn Eccius in der neuesten Auflage hinzufügt „Gesetze müssen befolgt werden." Gewiß, es frägt sich nur, was sie verordnen.

1) L. R. I, 9 § 74 ff., Gans in Kampţ Jahrbuch Bd. 31 S. 3 ff., Gruchot Bd. 6 S. 567 ff., Heydemann Einl. Bd. 2 S. 14 ff.

2) Nach gemeinem, wie nach preußischem Rechte ist bestritten, ob auch das in einer **beweglichen Sache** Gefundene im gesetzlichen Sinne Schatz ist. Eine Abhandlung hierüber bei Sell Versuche Bd. 13. Aus dem römischen Rechte vgl. l. 67 D. de R. V. 6, 1. Dernburg Pand. Bd. 1 § 206. Zwar der Text von L. R. I, 9 § 74 spricht nicht für die Bejahung, wohl aber die Gleichheit des Grundes. Vgl. noch L. R. I, 9 § 98. Einverstanden Eccius Bd. 3 § 175 Anm. 39. Uebrigens verlangt L. R. I, 9 § 74 auch, daß das Gefundene „von einigem Werthe" ist.

3) Vgl. L. R. I, 9 §§ 104. 105. Darauf, daß die Sache durch menschliche Thätigkeit verborgen wurde, legt für den Begriff des Schatzes Gewicht Delbrück in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 20 ff. Aber dieser Umstand wird in vielen Fällen nicht zu ermitteln sein. L. R. I, 9 § 74 gedenkt seiner nicht.

4) L. R. I, 9 § 84 ff. — Die l. 10 C. de thesauris 10, 15 verbot das Schatzsuchen auf fremdem Grundstück selbst mit Bewilligung des Eigenthümers. Nach L. R. steht dem nichts im Wege. Der Antheil des Finders richtet sich in solchem Fall zunächst nach dem Vertrag, § 84 a. a. O.

5) l. 63 § 1 D. de a. r. d. 41, 1: thesaurus donum fortunae creditur.

6) Dernburg Pand. Bd. 1 § 206 Anm. 5.

7) Vgl. den Rechtsfall bei Kind quaest. for. II, cap. 82 pag. 412 ed. 2. Natürlich reicht dies Recht nur soweit als die Entdeckung. Macht z. B. ein Arbeiter auf fremdem Boden einen Fund, der hinzukommende Eigenthümer schickt ihn fort und findet tiefer grabend weitere Schatzgegenstände, so hat er dem ersten Finder, von dem, was er selbst entdeckte, nichts abzugeben. Hiernach ist die Entscheidung bei Striethorst Archiv Bd. 57 S. 323 sehr bedenklich.

habe, weil dieser als Okkupant Alleineigenthümer werde. Vielmehr weist das Gesetz dem Grundeigenthümer die Hälfte des Schatzes unmittelbar zu.[8] [9]

3. Abweichend vom römischen Rechte findet sich auch bei Schätzen ein polizeiliches Verfahren von Amtswegen zum Zweck der Ermittelung des Eigenthümers. Deshalb liegt dem Finder Anzeige bei der Polizei binnen 4 Wochen auf.[10] Geschah der Fund auf fremdem Boden, so ist die Strafe der Vernachlässigung dieser Pflicht Verlust der Finderhälfte zu Gunsten des Fiskus.[11] Auch der Eigenthümer, welcher den in seinem Boden geschehenen Fund verheimlicht, verfällt in öffentliche Strafe, welche bis zur Hälfte seines Antheils am Schatz gehen kann.[12]

§ 234. Fruchterwerb.

1. Vortheile, welche eine Sache unbeschadet ihrer Substanz — regelmäßig — gewähren kann, bezeichnet das Landrecht als Nutzungen. Wir dürfen sie als Früchte im weiteren Sinn bezeichnen.[1] Hierher gehören unter Anderm die Produkte eines Bergwerks, die in einem Steinbruch gewinnbaren Steine, der Jagdertrag eines Grundstücks.

Als Früchte im engeren Sinne gelten dem Landrecht nur die nach dem Laufe der Natur aus einer Sache unbeschadet ihrer Substanz entstehenden Nutzungen.[2]

2. Im römischen Rechte, in welchem noch nicht abgetrennte Früchte nothwendige Bestandtheile der fruchttragenden Sache bildeten,[3] konnte nur die Frage

---

8) L. R. I, 9 § 82. Die Frage wird wichtig im Fall einer Unterschlagung durch den Finder. Einverstanden ist Eccius Bd. 3 § 175 Anm. 50.

9) Die Specialbestimmung von L. R. I, 9 § 92 über Finden eines Schatzes auf der Grenze — also auch in einer Grenzmauer — ist veranlaßt durch den von Leyser med. ad. Pand. spec. 442 m. 3 mitgetheilten Fall. Es soll nämlich unter Papst Julius III. eine Statue des Pompejus unter einem Keller in der Lage entdeckt worden sein, daß ihr Kopf in das Nachbargrundstück hineinreichte, worauf der Richter auf Naturaltheilung der Statue unter die Nachbarn erkannt habe!

10) Nach L. R. I, 9 § 75 geschah die Anzeige bei Gericht, vgl. oben § 232 Anm. 11. Dieses hatte von Amtswegen ein Aufgebot zu erlassen, wenn nicht der Schatz offenbar mindestens ein Jahrhundert verborgen lag. L. R. I, 9 §§ 76 ff. 79. Dies Aufgebot ist in Folge des Ausführungsgesetzes zur R. C. P. O. § 23 — vgl. oben § 232 — weggefallen. Die Anzeige ruft polizeiliche Ermittelungen hervor. Nur auf Antrag eines Betheiligten erfolgt ein Aufgebot.

11) L. R. I, 9 § 102. Zu wessen Gunsten die Hälfte verfällt, ist streitig. Da aber unser Recht Privatstrafen nur ausnahmsweise kennt ist die Strafbestimmung zu Gunsten des Fiskus, nicht wie Bornemann Bd. 2 S. 24 annimmt, zu Gunsten des Grundeigenthümers. So auch Präj. des O. Trib. 2625. Entsch. Bd. 30 S. 421.

12) L. R. I, 9 § 103. Durch die neueren Strafgesetze nicht beseitigt nach Goltdammer Archiv Bd. 14 S. 649. — Vgl. l. 3 § 11 D. de iure fisci 49, 14.

1) L. R. I, 2 § 110.

2) L. R. I, 9 § 220 vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 934 (Bäume einer Forst), R. G. Bd. 22 S. 272, unten § 281 bei Anm. 7 und 8.

3) Oben § 62 Anm. 9.

entstehen, ob ein Nutzungsberechtigter Eigenthümer der Früchte bereits mit deren Trennung oder erst in Folge ihrer Aneignung — Perception — werde. Die ausgebildete römische Jurisprudenz kam zu der Unterscheidung, daß der Pächter, welchem der Verpächter gleichsam tradirte, desgleichen der Nießbraucher durch die Perception, der redliche Besitzer aber schon mit der Trennung die Früchte erwerbe.

Im Landrecht ist von dieser Unterscheidung nicht mehr die Rede. Vielmehr erlangen die Nutzungsberechtigten — also Nutznießer, Pächter im Pachtbesitz,[4] redliche Sachbesitzer, wie auch der Eigenthümer der Sache selbst — Eigenthum an der ungesonderten Frucht bereits mit deren Hervortreten,[5] daher können sie von da an dinglich über die Früchte verfügen, dieselben z. B. in Folge Verkaufs oder Pfandvertrags unter Zugänglichmachen der Hauptsache übergeben.[6]

Auf Grund des Ueberhangs- und Ueberfallsrechts wird jedoch der Nachbar Eigenthümer an den Früchten des fremden Baumes erst durch Aneignung.[7]

Die Auseinandersetzung des an fremder Sache Nutzungsberechtigten mit dem Sacheigenthümer bei Beendigung des Nutzungsrechts bestimmt sich übrigens nicht nach dem Eigenthumserwerb an der Frucht, richtet sich vielmehr meist nach der Dauer des Verhältnisses im letzten Wirthschaftsjahre.[8]

Dem Nutzungsberechtigten fallen die Früchte und Nutzpflanzen auch zu, wenn sie aus fremdem Samen oder fremden Setzpflanzen stammten.[9] Deren Eigenthümer hat nach der Aussaat oder dem Anwurzeln nur persönliche Ansprüche gegen den Nutzungsberechtigten, bald auf volle Entschädigung im Fall einer absichtlichen oder schuldhaften Aneignung durch diesen, bald auf den Betrag der Bereicherung desselben, bald bloß auf Wegnahme der Pflanzen gegen Ersatz der Bodenbenutzung, wenn der Nutzungsberechtigte, der ohne Schuld seinerseits ist, die Pflanzen nicht will.[10]

Entsprechend gehört das Thierjunge dem am Mutterthier Nutzungsberechtigten, auch wenn die Befruchtung von dem Thier eines Dritten ausging.

---

4) Vgl. R. G. Bd. 26 S. 219.

5) L. R. I, 9 § 221. Das sächsische Recht nahm nach Sachsenspiegel II, 58 § 1 an, daß die Frucht dem Nutzungsberechtigten mit der Fruchtbestellung erworben sei.

6) Pfändung ungetrennter Früchte ist nach R. C. P. O. § 714 in dem Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife zulässig. Vgl. R. G. Bd. 18 S. 367.

7) L. R. I, 9 §§ 289. 292. Vgl. oben § 220 bei Anm. 15.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 152 ff. R. G. Bd. 26 S. 220.

9) L. R. I, 9 § 275. Vgl. l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1. Siehe auch Heydemann Bd. 2 S. 59.

10) L. R. I, 9 §. 276 ff. finden sich weitläufige Einzelbestimmungen.

Doch ist der Nutzungsberechtigte, welcher diese Befruchtung wissentlich veranlaßte, zur Zahlung des sogenannten Sprunggeldes verpflichtet.[11]

§ 235. Verarbeitung, Verbindung, Vermischung, Vermengung.[1]

1. In redlichem Glauben[2] unternommene Verarbeitung fremder Stoffe, wodurch dieselben nach Form oder Gestalt zu einer neuen Sache werden, — Specification — verschafft dem Verfertiger das Eigenthum der Arbeitsprodukte.

Dieser Satz stammt aus römischem Recht, hat aber im Landrecht weitere Anwendung als in Rom. Denn dort war er ausgeschlossen, wenn das Arbeitsprodukt in die frühere Gestalt zurückführbar war,[3] nach Landrecht kommt hierauf nichts an. Auch genügt bloße Bearbeitung, sofern sie der Sache eine neue Gestalt oder Form giebt. Insbesondere reicht aus bloßes Enthülsen, z. B. Ausdreschen von Getreide, ein Fall, welcher im römischen Recht streitig war.[4] Endlich gehört Zusammenfügung von Sachen zu einem neuen Ganzen hierher, während dieselbe nicht unter die römische Specifikation fällt. Dies gilt namentlich für Verfertigen eines Manuskriptes, Färben oder Bedrucken eines Stoffes, Herstellen eines Gemäldes, Erbauen eines Schiffes,[5] Fälle, in welchen das römische Recht das Verbundene der Regel nach dem Material, welches die Grundlage des neuen Ganzen bildet, durch Accession zufallen ließ.[6]

---

11) L. R. I, 9 § 324 ff.

1) L. R. I, 9 § 298 ff. Gruchot Bd. 7 S. 259 ff. Heydemann Bd. 2 S. 71 ff. Ueber gemeines Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 204. Vgl. auch O. Fischer, Identität in den Breslauer Festgaben für Jhering 1892.

2) L. R. I, 9 § 304. Nach richtiger Ansicht war guter Glaube auch im römischen Rechte erforderlich, vgl. Dernburg a. a. O. — Kenntniß des fremden Eigenthums begründet nicht immer bösen Glauben des Specifikanten, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 451.

3) § 25 J. de rer. div. 2, 1. l. 5 § 1 D. de R. V. 6, 1. Bekanntlich bestand im römischen Rechte ein Schulstreit, indem die Sabinianer das Arbeitsprodukt dem Eigenthümer des verarbeiteten Stoffes, die Prokulianer dem Verfertiger zutheilten. Die spätere, im justinianischen Recht angenommene Mittelmeinung war eine wenig glückliche Lösung der Streitfrage.

4) § 25 J. de rer. div. 2, 1 und l. 7 § 7 D. de a. r. d. 41, 1. Auch Förster Bd. 3 § 176 erachtet Enthülsen als Specifikation; ihn bekämpft Eccius a. a. O. Anm. 26; selbst Färben will er in der Regel nicht als Specifikation gelten lassen; es sei erforderlich, daß das Arbeitsprodukt im Verkehr „als etwas ganz Anderes" angesehen werde als der verarbeitete Stoff. Dies entspricht dem § 304 des Titels wohl nicht, noch der Begünstigung der bona fides im modernen Rechtsleben.

5) Vgl. L. R. I, 9 § 304, aber auch § 307. Für das Schiff giebt Zeugniß L. R. II, 8 §§ 1393. 1394, wobei die Aufhebung dieser Paragraphen durch Art. 60 Ziff. 1 des Einführungsgesetzes zum deutschen Handelsgesetzbuch nicht in Betracht kommt. Natürlich bewirkt Färben, Bemalen u. s. w. nur dann einen Eigenthumswechsel, wenn es der Sache im Wesentlichen neue Gestalt oder Form giebt, vgl. § 304 a. a. O.

6) Daß das Schreiben, § 33 J. d. r. d. 2, 1, das Färben, l. 26 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, den Römern nicht als Specifikation galt, steht fest. Beim Schiff verneint Julian die Specifikation, da vielmehr proprietas totius navis carinae causam sequitur.

Geschah übrigens die Arbeit für einen Dritten, so wird dieser, nicht der Verfertiger Eigenthümer.[7]

Der durch die Verarbeitung fremden Stoffes Erwerbende ist verpflichtet, dem bisherigen Eigenthümer desselben nach dessen Wahl entweder Sachen gleicher Art und Güte in Natur zu liefern, oder den höchsten Werth des Stoffes zur Zeit der Verarbeitung zu vergüten.[8]

2. Werden Sachen mehrerer Eigenthümer ohne kunst- oder handwerksmäßige Verarbeitung redlicher Weise der Art verbunden, daß eine Aussonderung des jedem Einzelnen Gehörigen unmöglich oder nur unter erheblicher Werthminderung oder unverhältnißmäßigen Kosten thunlich wäre,[9] so tritt nicht, wie nach römischem Rechte, Miteigenthum ein, vielmehr zieht der Stoff, welcher den höheren Werth hat, den Stoff von minderem Werthe nach sich. War es der Verbindende, welcher den höheren Werthantheil zuschoß, so liegt ihm ohne weiteres die Pflicht ob, dem Eigenthümer des minderwerthigen Stoffes Ersatz zu leisten, kommt aber die höhere Werthquote von dem anderen Theile her, so hat derselbe die Wahl, ob er das Produkt gegen Ersatz des minderwerthigen Stoffs behalten oder dem Verbindenden unter Inanspruchnahme des Ersatzes für seinen eigenen Stoff überlassen will.[10] [11]

---

l. 61 D. de R. V. 6, 1. Dagegen Paulus l. 26 pr. D. h. t. 41, 1. Fitting Archiv f. c. Pr. Bd. 48 S. 356 ff.

7) Dies ist anzunehmen, wenn der Arbeitsherr behufs Herstellung des Produkts die Materialien oder wenigstens Geld für deren Anschaffung lieferte. Vgl. Gruchot a. a. O. S. 271.

8) L. R. I, 9 § 305 in besonderer Anwendung der Grundsätze von L. R. I, 13 § 262 ff. über nützliche Verwendung, so daß die dort vorgetragenen Rechtssätze, z. B. L. R. I, 13 §§ 275. 276 — unten Bd. 2 § 288 Anm. 7 und 26 — sich auch auf die Specifikation beziehen. Wer aber das Material redlicher Weise von einem Nichteigenthümer erworben hatte, kann ohne Zweifel den ausgelegten Preis dem Stoffeigenthümer, wie gegenüber einer Vindikation, in Rechnung stellen. Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 278 n. 14.

9) Absonderung des ohne Verarbeitung Verbundenen findet statt, wenn sie ausführbar ist, l. 3 § 2 D. de R. V. 6. 1. L. R. I, 9 § 298. Dieser Paragraph legt die Kosten der Aussonderung dem Verbindenden zur Last. Ob hierbei aber nicht dessen Verschuldung unterstellt ist? Eine besondere actio ad exhibendum ist nicht mehr nöthig, vielmehr kann der Eigenthümer das ihm Zugehörige trotz der Verbindung vindiciren. Die Trennung ist im Falle der Verurtheilung Sache des Verurtheilten, welcher zu derselben mittels Zwangsvollstreckung gezwungen wird.

10) L. R. I, 9 § 307 ff. Wer ist bis zur Vornahme der Wahl Eigenthümer? Sind die Ansprüche des mit der größeren Werthquote Betheiligten obligatorische oder dingliche? Hierüber sprechen sich freilich die angef. §§ trotz ihrer Breite nicht unmittelbar aus. Daher denn Koch Kommentar zu L. R. I, 9 § 308, Prozeßpraxis S. 227, und Eccius Bd. 3 § 176 Anm. 4, die beitragenden Theile als Miteigenthümer auffaßt und die landrechtlichen Bestimmungen nur als Auseinandersetzungsvorschriften behandelt. Für dieses Zurückgreifen auf das römische Recht fehlt es aber an jeder gesetzlichen Grundlage. Wir nehmen an, das Eigenthum steht dem bestimmenden Gedanken des Landrechts nach demjenigen zu, welcher den höheren Werth beigetragen hat. Eine

Im Allgemeinen gelten für redliche Vermischung und Vermengung von Stoffen dieselben Grundsätze wie für deren Verbindung.[12] Dies ist auch dann anzunehmen, wenn fremde Geldsummen sich ununterscheidbar mit unseren zu einer besonderen Masse vereinigen, z. B. auf einem Spieltisch die Geldmünzen der Mitspieler.[13]

3. Ist die Verarbeitung fremden Stoffs oder dessen unscheidbare Verbindung, Vermischung oder Vermengung mit dem unseren unredlich[14] erfolgt, so fällt das Erzeugniß in das Eigenthum des anderen Theiles. Derselbe muß nur den niedrigsten Werth der Arbeit oder der Zuthaten des Producenten vergüten. Auch diese Vergütung kann der Fiskus konfisciren.[15] Der andere Theil aber ist nach seiner Wahl auch befugt, dem unredlichen Producenten das Erzeugniß zu Eigenthum zu überlassen unter Inanspruchnahme des höchsten Werthes seines Stoffbeitrages und seines vollen Interesses.[16]

Wer zwar nicht unredlicherweise, aber doch nicht ohne Verschuldung sich in der hier besprochenen Weise fremdes Gut aneignete, haftet nach dem Grade dieser Verschuldung für Schadensersatz auch über den Stoffwerth hinaus.[17]

Verbesserung des römischen Rechtes liegt freilich in der Neuerung wohl nicht, da die Frage des höheren Werthes leicht zweifelhaft, der Eigenthümer also ungewiß ist. — Bleibt es übrigens zweifelhaft, ob vom Verbindenden oder vom andern Theile der größere Werth herkommt, so gebühren dem Letzteren die Rechte des mit dem größeren Werth Betheiligten, L. R. I, 9 § 314.

11) Sehr eingehende und kasuistische Bestimmungen trifft L. R. I, 9 § 315 ff. für den Fall, daß Jemand die Stoffe mehrerer Dritter verarbeitet, verbunden, vermengt oder vermischt hat. Dem Verfertiger gegenüber werden diese Dritten wie eine Persönlichkeit behandelt. Kommt es auf die Wahl von ihrer Seite an, so ist die nach dem Werth des beigetragenen Stoffs berechnete Mehrheit und, wenn der Werth zweifelhaft bleibt, das Loos entscheidend. Erwerben hiernach die mehreren Eigenthümer die Masse, so werden sie, wenn die Stoffe gleichartig gewesen sind, Miteigenthümer. Waren die Stoffe ungleichartig, so entscheidet, ob sie sich über den Werth des Ganzen einigen; geschieht dies, so erhält unter der Verpflichtung zur Abfindung der Uebrigen das Ganze, wer den größeren Werth zuschoß; wenn dieses gleich ist, entscheidet das Loos; vereinigen sie sich nicht über den Werth das Ganzen, so wird derselbe durch eine unter den Betheiligten anzustellende Versteigerung ermittelt, so daß der Meistbietende das Ganze unter Verpflichtung verhältnißmäßiger Vergütigung an die Uebrigen erhält.

12) L. R. I, 9 § 299. Die Römer gaben bei einer Vermengung, falls die Aussonderung unthunlich war, jedem Theil die Vindikation einer seinem Beitrag entsprechenden Quantität. § 28 J. de rer. div. 2, 1. l. 5 pr. D. de R. V. 6, 1.

13) Vgl. R. G. Bd. 24 S. 315. Die oben § 188 unter 3 entwickelten Grundsätze sind hiernach dann nicht anzuwenden, wenn sich unser Geld in einer individuell erkennbaren Masse findet.

14) So sind die Worte „betrüglicherweise“ L. R. I, 9 § 299 ff. zu verstehen. Vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 7 S. 124.

15) L. R. I, 9 § 301. Dies, weil die Forderung in einem Vergehen ihren Grund hat, vgl. auch Strafgesetzbuch § 40.

16) L. R. I, 9 § 302 ff. Vgl. L. R. I, 6 § 85.

17) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 939.

4. Geschah die Verarbeitung, Verbindung, Vermischung auf Grund einer Vereinbarung, so bestimmt diese in erster Linie über den Eigenthumserwerb; schweigt sie über denselben, so entsteht Miteigenthum.[18]

§ 236. Erwerb durch Bauen.

Nach römischem Rechte fiel jeder Bau, welcher mit dem Boden fest verbunden war, nothwendig dem Bodeneigenthümer zu, ohne Rücksicht darauf, wem das verbaute Material gehört hatte,[1] und wer den Bau errichtete. Dagegen gestaltet sich nach Landrecht, wo der Bau nicht mehr nothwendiges Zubehör des Bodens ist,[2] dies Verhältniß in sehr abweichender Weise. Für die Frage des Eigenthums am Bau kommt allerdings auch nach Landrecht nichts darauf an, wem die verbauten Materialien — Steine, Balken u. s. f. — gehört haben. Wer fremde Materialien verbaut, gewinnt vielmehr deren Eigenthum, wenn ihm der Bau zu eigen ist; er wird nur hierfür ersatz- und entschädigungspflichtig nach dem Maß seiner Verschuldung.[3] Eigenthümliche Rechtsregeln gelten aber für den Fall, daß Bodeneigenthümer und Bauherr verschiedene Personen sind:

1. Wer auf fremdem Boden für sich, sei es redlicher oder unredlicher Weise, einen selbständigen Bau[4] errichtet hat, wird zunächst Eigenthümer des Baues,[5] nicht aber des Bodens.

a) Was aber die Ansprüche des Grundeigenthümers anlangt, so ist seine Stellung eine günstige, wenn er von dem Bau nichts wußte oder ihm unmittelbar widersprach, nachdem er von ihm erfahren hat. In diesen Fällen hat der Grundeigenthümer ein dreifaches Wahlrecht.[6] Er darf sich entweder das Gebäude zueignen, wofür er dem Bauherrn die Bau-

---

18) Vgl. R. G. Bd. 27 S. 77. R. G. Bd. 24 S. 315.

1) L. R. I, 9 § 327 ff. Gruchot Bd. 7 S. 282 ff. Koffka über inaedificatio bei Gruchot Bd. 27 S. 87 ff. und S. 382 ff.

2) Vgl. oben § 215 bei Anm. 6 und 7.

3) L. R. I, 9 § 334 ff. Unbedingt gilt dies für Sachen, welche durch das Einbauen Theile der Substanz werden R. G. Bd. 26 S. 344, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 894. War der Bauende eine vom Bodeneigenthümer verschiedene Person und fällt der Bau an den Bodeneigenthümer, so kann derselbe von dem Eigenthümer der Materialien nach den Grundsätzen der Bereicherungsklage in Anspruch genommen werden. — Von Wiederaufleben des Eigenthums im Fall einer späteren Trennung der verbauten Materialien, wie im römischen Rechte, ist im Gesetze nicht die Rede.

4) Freistehende Mauern gehören nicht hierher, wohl aber Denkmäler, Eisenbahndämme. Dieselbe Auffassung führt aus Eccius gegen Förster Bd. 3 § 176 Anm. 34 einerseits und das Obertribunal andererseits. Vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 21 S. 144.

5) So auch R. G. Bd. 1 S. 178 ff. Daß das L. R. von diesem Standpunkt ausgeht und nicht von dem Axiom superficies solo cedit ergiebt L. R. I, 9 § 329 „so kann er — der Grundeigenthümer — sich dasselbe zueignen." Eccius Bd. 3 § 176 Anm. 35.

6) L. R. I, 9 § 327 ff. Nach R. G. im J. M. Bl. 1888 S. 66 steht das Wahlrecht dem Grundeigenthümer nur gegen den Bauenden zu; gegen Dritte hat er die gewöhnliche Vindikation.

kosten bis zum Werth des Gebäudes zu ersetzen hat. Oder er kann dem Bauherrn auf dessen Verlangen den Boden mit den zum Gebrauch des Baues unentbehrlichen Flächen[7] überlassen, wogegen der Bauherr Ersatz des Werthes und Entschädigung nach Maßgabe seiner Verschuldung leisten muß. Oder er kann Abbruch des Baues und Wegräumung auf Kosten des Bauenden nebst Schadensersatz verlangen.[8]

Hat dagegen der Bodeneigenthümer Kenntniß davon gehabt, daß auf seinem Boden ein Anderer baue, diesem gegenüber aber nicht unmittelbar nachher widersprochen, so fällt der Boden, auf welchem der Bau aufgeführt wird, an den Bauherrn, vorausgesetzt, daß er das Eigenthum des Bodens in Anspruch nimmt. Er ist aber verpflichtet, den Werth des Bodens zu ersetzen.[9]

b) Dieser Eigenthumsverlust tritt nicht ein, wenn der Besitzer eines ganzen Gutes auf einem Theil desselben zu seinen Zwecken ein Gebäude

---

7) Vgl. unten Anm. 9 Ziff. 6.

8) Soweit der Bauende als redlicher Besitzer der Sache weitergehende Ansprüche hat, kommen ihm dieselben trotz vorstehender Bestimmungen zu Gute.

9) L. R. I, 9 § 332. Striethorst Archiv Bd. 99 S. 111. Koffka a. a. O. S. 390 ff. Eine nach der Erklärung des Bauherrn, den Grund und Boden in Anspruch zu nehmen, erfolgende Beseitigung des Baues hat Verlust des einmal erworbenen Eigenthums am Boden nicht zur Folge. Streitfragen: 1. Wissenschaft vom Bau schadet dem Bodeneigenthümer richtiger Ansicht nach nur, wenn klar war, daß der Bauende für sich bauen wollte. Dagegen verliert er sein Eigenthum nicht, wenn er annehmen konnte, daß der Bauende als sein Geschäftsführer zu handeln beabsichtige. Hieraus folgt, daß der Miteigenthümer, welcher wußte, daß ein Miteigenthümer auf gemeinschaftlichem Boden ein Gebäude errichte, sein Eigenthum nicht schon hierdurch verliert, sondern nur, wenn er der Sachlage nach voraussetzen konnte, daß der Bauende nicht im gemeinsamen Interesse handele. Diese Unterscheidung machen nicht Striethorst Archiv Bd. 11 S. 216, Heydemann Bd. 2 S. 67 ff. — 2. Der Widerspruch soll so erfolgen, daß er zur Wissenschaft des Bauenden gelangt. Wie wenn der Bauherr sich der Mittheilung absichtlich entzieht? Es genügt, daß man widerspricht, sobald sich der Bauherr finden läßt. Auch gerichtliche Protestation, vgl. oben § 84 Anm. 1, führt zum Ziel. Uebereinstimmend Eccius Bd. 3 § 176 Anm. 39 abweichend von Förster. 3. Der Nachweis ist zulässig, daß der Widerspruch in Folge Betruges, Zwanges, wesentlichen Irrthums unterblieb, da diese Thatsachen stillschweigende wie ausdrückliche Willenserklärungen entkräften. 4. Es kommt nichts darauf an, ob der Bauherr den Grund und Boden schon vorher, sei es ohne jedes Recht, sei es in Folge mündlichen Vertrages, sei es in Folge einer Uebergabe ohne Auflassung, in Besitz genommen hat, oder ob er ihn erst zum Zweck des Baues in Besitz nahm. Das Eigenthum des Bauherrn ist hiernach auch begründet, wenn der Bodeneigenthümer selbst, in nicht gehöriger Form, veräußerte, den Bau zuläßt und dann das Grundstück, gestützt auf die Formmängel, zurücknehmen will. 5. Nicht berücksichtigt wird, ob der Bauherr sich für berechtigt zum Bauen auf dem fremden Boden hielt oder nicht. 6. Der Anspruch des Bauherrn bezieht sich nicht bloß auf den Baugrund, sondern auch auf solche Flächen, welche für den Gebrauch des Gebäudes unentbehrlich sind. Die Rechtssprechung hat geschwankt. Für die hier vertretene Ansicht Striethorst Archiv Bd. 99 S. 111 R. G. Bd. 1 S. 178, neuerdings R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 876, indem es Gewicht auf Zweckmäßigkeit und Billigkeit legt. A. Ansicht Eccius Bd. 3 § 176 Anm. 37 und R. G. im Justiz-M.-B. 1880 S. 107.

errichtete und das Gut dem Grundeigenthümer herauszugeben hat. Ebensowenig, wenn Jemand baut, welcher auf Grund eines Vertragsverhältnisses oder sonstwie mit Zustimmung des Eigenthümers zu vorübergehenden Zwecken im Besitz des Grundstücks ist, z. B. ein Pächter errichtet für sich Scheuern, Magazine, eine Fabrik. Hier bleibt der Verpächter Eigenthümer des Bodens, der Pächter aber Eigenthümer des Baues, welchen er nach Endigung der Pacht wegnehmen darf.[10]

2. Besondere Vorschriften gelten für Bauten an der Grenze.[11] Der Nachbar hat nämlich dies Vorhaben dem Nachbar anzuzeigen.

Unterließ er solche Anzeige,[12] oder beachtete er den daraufhin eingelegten Widerspruch des Nachbars nicht, oder hat er die von diesem genehmigte Baulinie vorsätzlich oder in Folge grober Nachlässigkeit überschritten, so ist er zum Zurückziehen des Baues sowie zur Entschädigung verpflichtet, auch wenn der Nachbar von der Grenzüberschreitung Kenntniß hatte und nicht unmittelbar nachher widersprach.

Macht er hingegen die Anzeige,[13] einigte sich über die Baulinie mit demselben, überschritt diese aber ohne Vorsatz oder grobes Versehen, so ist er nicht zur Zurückziehung des Baues verbunden; er hat nur für den Bodenwerth, der ihm zufällt, Entschädigung zu leisten.

3. Das Eigenthum des Bodens geht in den besprochenen Fällen von Rechtswegen, also ohne Auflassung, auf den Bauherrn über.[14] Zu seiner

10) L. R. I, 9 § 333, oben § 215 bei Ziff. 3. Striethorst Archiv Bd. 17 S. 19, Bd. 40 S. 125. Die vorstehenden Bestimmungen treten auch dann nicht ein, wenn der Bauende das Grundstück auf Grund eines formlosen oder für ungültig erklärten Vertrages innehatte. Anders Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 31, Bd. 38 S. 66. So auch Eccius bei Förster Bd. 3 § 176 Anm. 33 gegen Förster daselbst.

11) L. R. I, 9 § 340 ff. Reinhard in Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 70 ff. Leyser med. sp. 447 m. 8. Bähr Urtheile des R. G. S. 106. Die Bestimmungen sind nicht anwendbar auf Bauten, welche, ohne den Boden zu berühren, in den Luftraum des nachbarlichen Grundstückes hineinragen. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 212. Sie beziehen sich nicht unmittelbar auf Fälle, in welchen die Betheiligten einverstanden sind, daß der Bau die Grenze überschreiten soll, die vereinbarte Linie aber noch überschritten wird; aber sie sind in solchem Fall analog anzuwenden, vgl. Striethorst Bd. 53 S. 218.

12) L. R. I, 9 § 342. Wer die Anzeige unterließ, hat den Bau zurückzuziehen, auch wenn er redlicher Meinung war, da dann die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 11.

13) L. R. I, 9 § 341. Selbstverständlich muß, wenn das Nachbargrundstück Mehreren gehört, sämmtlichen Miteigenthümern Anzeige gemacht werden, da kein Einzelner ohne Zustimmung der Anderen über die Substanz verfügen kann. L. R. I, 17 § 10. Doch will dies Striethorst Archiv Bd. 59 S. 30 ff. nicht schlechthin gelten lassen, ohne daß Rechtsgründe angeführt werden. Wie das O. Trib. Förster, dagegen aber Eccius Bd. 3 § 76 Anm. 43.

14) Es gilt dies auch im Fall von L. R. I, 9 § 332, oben Anm. 9 —, wo die Entschließung des Bauenden den Eigenthumsübergang bewirkt. Zwar könnte man einwenden, daß Auflassung nach § 1 des E. E. Gesetzes die nothwendige Form für jede „freiwillige" Veräußerung sei, solche aber vorliege. Allein die Auflassung ist an

Sicherung wird jedoch der Erwerber die Eintragung betreiben müssen, indem anderenfalls der noch eingetragene bisherige Eigenthümer, obgleich er nicht im Besitz ist, buchmäßig zur Auflassung befähigt bleibt, somit der gutgläubige Aufgelassene den auf den Bauenden übergegangenen Boden erwirbt.

§ 237. Eigenthumserwerb in Folge Uferrechts.[1]

Ufer und Bett fließender Gewässer sind steten Veränderungen ausgesetzt, so daß die durch einen Fluß gebildete Grenze eine schwankende ist und das Ufergrundstück sich bald durch Anlandungen vergrößert, bald durch Abschwemmungen vermindert und zuweilen durch dauernde Ueberströmung zu Grunde geht.[2]

1. Allmähliche Anschwemmungen — Alluvionen — fallen nach Landrecht wie nach römischem Rechte von selbst den Grundstücken zu, an welche sie sich angesetzt haben.[3][4] Und zwar tritt solcher Eigenthumserwerb mit dem Augenblicke ein, in welchem sich die Anlandungen über den gewöhnlichen Wasserstand emporheben.[5] Es gilt dies aber nur auf die Längenerstreckung des Grundstücks hin. Ueber diese hinaus sich in den Fluß hinziehende

---

die Stelle der Uebergabe getreten, sie ist daher nicht nothwendig in unserem Fall, in welchem einseitiger Wille des Bauenden zur Uebereignung genügt; so auch Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 51. R. G. Bd. 10 S. 245, Bd. 18 S. 279 und bei Gruchot Bd. 33 S. 876.

1) L. R. I, 9 § 223 ff. Gesetz betreffend die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883. Heydemann Einl. Bd. 2 S. 47. Dernburg Pand. Bd. 1 § 207. Voigt Rechts- und Eigenthumsverhältnisse der Uferbesitzer, Potsdam 1878. Auch preußisches Recht berücksichtigt Zirndorfer zur Lehre von der insula in flumine nata in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 4 romanistische Abth. S. 233.

2) R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1052.

3) Bei der Frage, ob Jemand Uferbesitzer ist, wird nicht in Betracht gezogen, ob das Ufer durch Dämme und Dünen mit oder ohne Vorland eingeschlossen war, L. R. I. 9 § 253. Laufen hingegen dem Ufer entlang öffentliche Wege, so fällt die an dem Ufer geschehende Anlandung richtiger Ansicht nach dem Grundbesitzer nächst des Weges nur dann zu, wenn ihm nachweislich auch der Uferrand gehört. Nieberding-Frank Wasserrecht Bd. 1 S. 78.

4) L. R. I, 9 § 225 ff. Sandbank ist nicht Anlandung R. G. in Strafsachen Bd. 18 S. 441.

5) L. R. I, 9 §§ 242. 248. Hierunter ist nach R. G. Bd. 2 S. 316 der s. g. mittlere Wasserstand zu verstehen, d. h. der zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Wasserstand die Mitte haltende, wobei aber außergewöhnliche Ueberströmungen im Sinne von § 272 L. R. I, 9 nicht zu beachten sind. Wenn sie diesen Stand nicht erreichen, bilden sie Theile des Flußbettes, auch wenn sie zeitweise trocken liegen. — Wie aber, wenn umgekehrt unser Grundstück unter den mittleren Wasserstand eines öffentlichen Flusses sinkt, jedoch durch Schilf, Rohr, Weidenpflanzungen u. s. f. benutzbar bleibt? Streng genommen hat der Flußanlieger sein Eigenthum und damit das Recht auf jene Nutzungen verloren, doch wird man aus Billigkeitsgründen die Nutzung der Anlieger zulassen, soweit dieselbe mit der nunmehrigen Bestimmung der Fläche zum Flußbett bestehen kann, wofür die Analogie von L. R. II, 15 § 41 spricht.

Erdzungen gehören dagegen denjenigen Flußnachbarn, deren Ufern sie gegenüber liegen. Indessen kann der Grundbesitzer, von dessen Grundstück sie auslaufen, auch sie durch dreijährige ununterbrochene ruhige Benutzung ersitzen.[6]

2. Nach gemeinem Rechte erwarb der Ufernachbar abgerissene, an sein Grundstück getriebene Stücke fremden Landes — Avulsionen — dann, wenn sie mit seinem Ufer verwachsen waren. Dies ist wegen der schwierigen Beurtheilung des letzteren Umstandes nach Landrecht etwas anders geordnet. Der bisherige Eigenthümer ist befugt, das Abgetriebene binnen Jahresfrist seit der Antreibung zurückzuholen oder durch Klage zu fordern; nach Ablauf dieser Frist hingegen kann sich der Ufereigenthümer das angetriebene Stück durch bloße Besitznahme aneignen.[7] [8]

3. Nach römischem Rechte fiel die im Flußbette entstehende Insel den Ufernachbarn an. Im älteren deutschen Rechte überwog die Ansicht, daß die im öffentlichen Fluß sich bildenden Inseln dem Staate als Regalien zugehörten.[9] Das Landrecht sucht einen Mittelweg.[10] Es läßt die Insel, d. h. die sich über den mittleren Wasserstand erhebende Erderhöhung im öffentlichen wie im privaten Fluß, den Flußnachbaren nicht von selbst zufallen, behält ihnen aber den Erwerb durch Besitznehmung vor.[11] Dieses Recht erstreckt sich bis zur Mittellinie des Flusses. Jedoch wird diese Linie zur Ver-

---

6) L. R. I, 9 §§ 232—236. Wird eine Anschwemmung durch Veränderungen im Stromlauf vom Ufergrundstück wieder getrennt, so bleibt das Gelände auch als Insel oder Halbinsel demjenigen Eigenthümer, welcher dasselbe einmal erworben hat. Denn die Anladung ist nicht etwa unter der Bedingung, daß sie mit dem Ufergrundstück in Verbindung bleibt, in dessen Eigenthum gefallen. Vgl. unten bei Anm. 10. Anders Koch zu L. R. I, 9 § 229. — Siehe noch Anm. 13 a. E.

7) L. R. I, 9 §§ 223. 224. Hat der bisherige Eigenthümer die Wegnahme nur versucht oder vorbereitet, nicht aber ausgeführt, so hindert dies die Besitznahme durch den Ufereigenthümer nicht, da das Gesetz die Aneignung nur im Fall wirklicher Geltendmachung seines Rechtes innerhalb jener Zeit ausschließt. Ist das Angetriebene nicht mehr unterscheidbar, so erledigt sich der Anspruch auf Rücknahme auch vor Verfluß des Jahres.

8) Entschädigungspflicht des Okkupanten nimmt man nicht an. Vgl. Gruchot Bd. 7 S. 98.

9) Zwar erkennt der Sachsenspiegel die römischen Grundsätze über die Flußinseln an, II, 56 § 2 und 3. Doch ist dies selbst im sächsischen Rechte nicht durchgedrungen. Sächsischer Befehl von 1563. Cod. Aug. II, p. 715. — Kraut Grundriß § 90 n. 2. Vgl. überhaupt Stobbe d. P. R. Bd. 2 § 91 unter II.

10) L. R. I, 9 § 242 ff. In erster Linie entscheidet das Provinzialrecht L. R. II, 15 § 67. Nach dem Ostpr. Provinzialrecht Zusatz 16, dem Westpreuß. § 4 sind Inseln in öffentlichen Flüssen kein Vorbehalt des Staates, auch in Brandenburg ist dies nicht der Fall, Striethorst Archiv Bd. 81 S. 83.

11) L. R. I, 9 § 246. Eine Insel entsteht im Rechtssinne nicht „quum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit.“ l. 30 § 2 D. de a. r. d. 41, 1, so auch L. R. I, 9 § 243. — Die erworbene Insel gilt als selbständiges Grundstück, so daß der Besitzer ihrer Ufer das Recht auf Anschwemmungen, Inseln u. s. f. hat, wie jeder Ufernachbar. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 38 S. 52, Präj. 2696. Anders Präj. 809. Siehe auch l. 56 D. de a. r. d. 41, 1. — Ueber die Besitznahme siehe oben § 153 S. 342.

meidung kostspieliger und schwieriger Messungen nicht, wie gemeinrechtliche Schriftsteller lehren, der Art gezogen, daß sie den Krümmungen des Flusses folgt, sondern in der Weise, daß zwischen den zwei den Endpunkten der Insel entsprechenden Punkten der Flußmitte eine gerade Linie gedacht wird. Machen nicht alle Anlieger von ihrem Aneignungsrechte Gebrauch und wird dies durch obrigkeitliche Aufforderung festgestellt, so können die anderen Flußnachbaren die staatliche Ueberweisung der nicht in Besitz genommenen Inseltheile für sich fordern.[12] Es erwirbt außerdem jeder Ufernachbar die Insel auch über seinen Theil hinaus durch ruhigen, ununterbrochenen dreijährigen Besitz, also mittels anomaler Verjährung.[13]

4. Auch auf das verlassene Flußbett[14] haben die Uferanlieger ein Vorrecht.[15] Doch gilt auch dieser Satz nicht in der römischen Unbedingtheit. Insbesondere gehört dem Staate das verlassene Bett dann, wenn er selbst dem Strome durch einen Durchstich ein anderes Bett angewiesen hat.[16] Auch muß er, wie jeder andere Erwerber eines verlassenen Bettes, dasselbe oder dessen Werth den Eigenthümern der überströmten Gelände als billige Entschädigung gewähren.[17]

5. Für alle Arten des Erwerbes nach Uferrecht ist hervorzuheben: Geschah die Verengung oder Verlegung des Flußbettes durch Aufwendungen eines Dritten, und hat sich der Flußanlieger den hierdurch gewonnenen Boden zugeeignet, so liegt hierin eine Genehmigung der Geschäfts-

---

12) Vgl. L. R. I, 9 § 254 ff.

13) L. R. I, 9 § 257. Gilt dies nur für den Fall, daß die Insel noch niemals von dem zunächst Berechtigten okkupirt war, oder auch dann, wenn die Insel, welche dieser in Besitz genommen hatte, drei Jahre von dem Erwerbslustigen ruhig besessen war? Das Landrecht wollte an diesem Orte nur die erste Erwerbung der Insel regeln, so daß wir uns für die erste Ansicht entscheiden. Jedenfalls ist aber auch diese Ersitzung ausgeschlossen, wenn der erste Erwerber sein Eigenthumsrecht an der Insel im Grundbuche vormerken ließ. — Nur ein Ufernachbar, nicht jeder Dritte hat übrigens dies Ersitzungsrecht.

14) L. R. I, 9 § 270 ff. Vgl. §§ 23. 24 J. de rer. div. 2, 1.

15) Vgl. aber auch L. R. II, 15 § 68. — Den Ufernachbarn fällt das Bett nach dem Gedanken des Landrechts nicht von selbst an, wie in Rom, vielmehr bedarf es der Besitznahme. Koch P. R. Bd. 1 § 248. Gruchot Bd. 7 S. 113, vgl. L. R. I, 9 §§ 270. 246. And. Ansicht Entsch. des O. Trib. Bd. 52 S. 40 ff. Striethorst Archiv Bd. 62 S. 109 ff. Eccius Bd. 3 § 173 Anm. 33.

16) L. R. II, 15 §§ 70 ff. Hat der Staat das Recht zum Durchstich Anderen, z. B. einer Eisenbahngesellschaft, eingeräumt, so gilt auch das Bett des abgelassenen Flusses als mit abgetreten. Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 351 ff.

17) L. R. II, 15 § 69, I, 9 § 271, unten Bd. 2 § 29 bei Anm. 2. Vgl. schon Preuß. L. R. von 1721 Buch III, Tit. 1, Art. 5 § 2. Die Wahl, ob Land oder Werth, hat allgemeinen Grundsätzen nach der Verpflichtete. Das Eigenthum am Flußbett erhalten die Entschädigungsberechtigten erst durch Auflassung Seitens der Entschädigungsverpflichteten. Das Zugetheilte tritt als „Surrogat" in die dinglichen Belastungen des überströmten Geländes. Doch ist dies, beim Fehlen besonderer gesetzlicher Bestimmungen hierüber, nicht zweifellos. Vgl. oben § 187.

führung des Dritten, welche den Anlieger verpflichtet, zu den Kosten nach Verhältniß seines Antheils beizutragen.[18] Es versteht sich ferner, daß die Eigenthümer auf Grund des staatlichen Enteignungsrechtes das Wegräumen von Anschwemmungen und Inseln dulden müssen, falls dies im allgemeinen Interesse liegt. Aber als Ueberrest der Regalität ist es anzusehen, daß für solches Wegräumen im öffentlichen Flusse Entschädigung nur geleistet wird,[19] wenn die Nutzung bereits fünfzig Jahre bestand.[20]

Was die dingliche Rechtsstellung des nach Uferrecht gewonnenen Geländes betrifft, so sind Anschwemmungen, welche die Grenze unmerklich hinausrücken, als Theile des ursprünglichen Grundstücks seinen Belastungen unterworfen. Dagegen bilden die übrigen nach Uferrecht erworbenen Grundstücke selbständige Sachen, so daß sie den Belastungen des Ufergrundstückes an sich nicht unterliegen[21] und daher auf Antrag des Erwerbers als besondere Grundstücke lastenfrei im Grundbuche eingetragen werden können.

Die dargestellten Grundsätze gelten im Allgemeinen nicht bloß für öffentliche, sondern auch für Privatflüsse,[22] dagegen nicht für geschlossene Gewässer, insbesondere Seen und Teiche.[23]

B. Der mittelbare Eigenthumserwerb.[1]

§ 238. Die Uebergabe.

I. Zur vertragsmäßigen Sachveräußerung ist nothwendig der übereinstimmende Wille des bisherigen Eigenthümers, Eigenthum zu übertragen, und des Empfängers, solches zu erwerben.[2] Nach französischem Rechte genügt

---

18) L. R. I, 9 § 264. Entsch. des O. Trib. Bd. 37 S. 71 gründet den Anspruch auf nützliche Verwendung. Es wird dort die Behauptung zurückgewiesen, daß der Erwerb des Eigenthums der Uferbesitzer von der Bedingung des Beitrages zu den Kosten abhängig sei. Der Dritte, also namentlich auch der Staat, muß daher auf die Bereicherung klagen. Das Gesetz über die Strombauverwaltung vom 20. August 1883 bestimmt, daß der Uferbesitzer zwar Eigenthümer der durch die staatliche Flußregulirung entstandenen Anlandungen wird, daß er jedoch in deren Besitz erst nach Erstattung ihres Werthes treten darf, so aber, daß die aufgewendeten Kosten den Höchstbetrag der Erstattungspflicht bilden.

19) L. R. I, 9 § 258 ff.

20) Anstatt unvordenklicher Zeit, vgl. oben § 179 und § 226 bei Ziff. 3.

21) So unterscheidet das römische Recht in l. 9 § 4 D. de usufructu 7, 1. Vgl. l. 3 § 2 D. de aqua 43, 20. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 433. — Vgl. auch E. E. Gesetz § 30, unten § 329 bei Ziff. 1.

22) Vgl. L. R. I, 9 §§ 244, 245. Man hat das Uferrecht auch auf Anspülungen in Meeresarmen, z. B. in den Haffs, bezogen, welche ähnlich wie Flüsse von Land umgeben sind. Entsch. des O. Trib. Bd. 28 S. 312.

23) L. R. I, 9 § 267 ff. l. 12 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

1) L. R. I, 10. Gruchot Bd. 8 S. 402 ff., 560 ff. Exner Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Rechte 1867.

dieser Vertrag zur Uebereignung. Das deutsche Recht aber fordert eine bestimmte Form für denselben.

Im älteren römischen Rechte war für italische Grundstücke und andere res mancipii die mancipatio, und die in iure cessio die nöthige Form, für res nec mancipii die Tradition. Im jüngsten römischen Rechte wurde die letztere ausschließliche Uebereignungsform.[3] Sie empfiehlt sich dadurch, daß sie das praktische Ziel der Eigenthumsübertragung, die Verschaffung der thatsächlichen Verfügungsmacht, unmittelbar verwirklicht, und zusammengehörige Dinge, nämlich Uebertragung des Eigenthums und des Naturalbesitzes, in Zusammenhang bringt. Dann dient die Uebergabe auch dazu, den Uebergang des Eigenthums der Regel nach für Dritte erkennbar zu machen. Allerdings aber kann die Tradition diese wichtige Aufgabe nicht immer lösen, da es Arten der Besitzübertragung, wie z. B. das constitutum possessorium, giebt, welche sich durch bloße Willensäußerung der Handelnden vollziehen, somit an dem äußerem Zustande der übereigneten Sache nichts verändern.

II. Das Landrecht entnahm dem römischen Rechte die Uebergabe als allgemeine Form für die freiwillige Veräußerung der Sachen.[4] Doch bei Grundstücken stieß die Nothwendigkeit der Naturalübergabe für den Eigenthumsübergang auf Widerspruch[5] und sie verflüchtigte sich wenigstens in der Praxis, indem ein bloßes Uebertragungsbekenntniß vielfach ihre Stelle vertrat, um die Eintragung des Erwerbers im Hypothekenbuche vor thatsächlicher Uebergabe herbeizuführen. Derzeit ist für Grundstücke, welche in das Grundbuch eingetragen sind, die Auflassung die Form der Uebereignung.

---

2) Dieser Uebereignungsvertrag ist scharf zu unterscheiden von dem Rechtsgrund der Uebereignung — der causa traditionis — unten im § 238 Ziff. 2, vgl. oben § 186 z. A.

3) Bei Seeschiffen und Antheilen an Seeschiffen hat das Erforderniß besonderer Uebergabe keinen Boden gewinnen können. Daher bestimmte das L. R. II, 8 § 1396, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen worden sei, so werde angenommen, daß die Uebergabe durch die Vollziehung des Verkaufsvertrages geschehen sei. An Stelle dieser Bestimmung ist Art. 439 des H. G. B. getreten, wonach die Uebergabe „durch die unter den Kontrahenten getroffene Vereinbarung ersetzt werden kann, daß das Eigenthum sofort auf den Erwerber übergehen soll." Das Wort „sofort" bedeutet nur „ohne Uebergabe." Goldschmidt Handelsrecht § 79 Anm. 19. Es sind daher ungeachtet desselben auch bedingte und betagte Eigenthumsübertragungsverträge wirksam. Ausdrücklich muß die Vereinbarung nicht sein, es ist nur nothwendig, daß der Wille des Eigenthumsübergangs deutlich erkennbar sei. Die Bestimmung ist auch auf das Zubehör der Seeschiffe zu beziehen.

4) Vgl. oben § 186 bei Anm. 4.

5) Bekanntlich bestand schon vor Erlaß des Landrechts die sich auch später fortsetzende Streitfrage, ob die Einwilligung in die Umschreibung des Besitztitels — als Civiltradition — die Uebergabe des Naturalbesitzes bezüglich der Eigenthumsfrage ersetze. So Reskript vom 24. August 1784 ad VI. Reskript vom 26. Mai 1804. Diese Auffassung wurde jedoch durch spätere Reskripte und die Rechtsprechung des Obertribunals beseitigt.

Die Erfordernisse der Eigenthumsübertragung durch Uebergabe sind nach Landrecht:

1. Uebertragung des juristischen Besitzes. Es ist hierbei nicht eine Uebergabe von Hand zu Hand erfordert, vielmehr genügt die sogenannte uneigentliche Uebergabe, also jeder Vorgang, durch welchen die Sache der thatsächlichen Verfügung des Erwerbers überantwortet wird.[6] [7]

Ein *nichtbesitzender Eigenthümer* kann, wo die Uebergabe die ausschließliche Form freiwilliger Veräußerung ist, das Eigenthum *nicht übertragen*. Jedoch steht ihm offen, seine *Eigenthumsklage abzutreten*,[7a] so daß mittels derselben der Cessionar den Besitz erstreitet, und hierdurch Eigenthümer wird.

2. Die Uebergabe überträgt nur dann Eigenthum, wenn und soweit ihr der übereinstimmende auf den Eigenthumsübergang gerichtete Wille der Betheiligten zu Grunde liegt. Dieser Uebertragungswille steht in nothwendigem inneren Zusammenhange mit der ihn bestimmenden Absicht, der causa oder dem Rechtsgrunde — dem s.g. Titel — der Uebergabe, z.B. Kauf, Tausch, Schenkung, Darlehen. Hierbei ist aber eine doppelte Behandlung möglich:

a) Man kann sich mit dem bloßen — abstrakten — *Uebertragungswillen* bezüglich des Eigenthumsüberganges begnügen. Zwar ist solcher Wille nur denkbar, wenn wenigstens *subjektiv* den Handelnden die Vorstellung eines denselben rechtfertigenden Grundes vorschwebt, und gerade dieser Grund tritt, als das die Betheiligten Bestimmende, in deren Erklärungen und Verhandlungen vorzugsweise hervor. Aber nach dieser Auffassung ist *Wirklichkeit und Gültigkeit dieses Grundes keine Bedingung des Eigenthumserwerbes*, es genügt daher die irrige Vorstellung des Grundes beim Uebergebenden, sofern dieselbe nur den Uebertragungswillen hervorrief.[8]

b) Dagegen ist nach einer anderen — dem Landrechte angehörigen — Auffassung der Eigenthumsübergang abhängig *vom Bestehen eines Rechtsgrundes, welchen das Recht für genügend erkennt, um den Eigenthumsübergang zu vermitteln*.[9] Daher z. B. der Gläubiger nicht Eigen-

---

6) Es ist hinreichend, daß derjenige, welcher ein auf Eigenthumserwerbung gerichtetes Geschäft geschlossen und seinerseits vollständig erfüllt hat, den Besitz *fehlerlos*, sei es auch von einem Dritten, erhielt, da dann der Veräußerer die Sache nicht mehr zurückfordern kann. Striethorst Archiv Bd. 17 S. 13 ff. l. 1 § 5 D. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3.

7) Ueber *Automatenrecht* vgl. die Inauguraldissert. von Günther 1892.

7a) Vgl. unten § 246 Anm. 4a.

8) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 313. Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 334. Unten § 240 bei Anm. 6.

9) Vgl. L. R. I, 11 § 326. Ebensowenig kann man so hinterlegen, leihen, vermiethen, daß der Depositar, Kommodatar oder Miether Eigenthümer der anver-

thümer wird, wenn auch die Betheiligten einverständlich wollen, daß er zum Zwecke der Pfandversicherung Eigenthum am Faustpfand erhalte, weil hier der die Eigenthumsübertragung rechtfertigende Titel fehlt.[10] Hiernach ließe sich folgern, daß Eigenthum dann nicht durch die Uebergabe übertragen wird, wenn sie behufs einer Zahlung geleistet ist im irrthümlichen Glauben an eine Schuldverpflichtung, welche in der That nicht besteht.[11] Doch wird die Rückforderung als persönlicher Anspruch behandelt, wie in Rom die c. indebiti.

3. Bedingter und betagter Eigenthumsübertragungswille schiebt den Eigenthumsübergang trotz der Uebergabe auf. So ist z. B. beim Geldwechseln die Eigenthumsübertragung der hingegebenen Stücke regelmäßig von der Bedingung Zug um Zug erfolgender Gegenleistung abhängig und vollzieht sich erst mit derselben.[12]

Der Satz des römischen Rechtes[13] ist im Allgemeinen dem Landrecht fremd, daß der Eigenthumsübergang beim Kauf durch Zahlung oder Kreditirung des Kaufpreises bedingt sei, doch kann dies nach den Umständen als Absicht des Verkäufers erhellen, z. B. wenn das Verkaufsetablissement bekanntermaßen nur auf baar zu verkaufen pflegt.[14]

4. Letztlich hängt der Eigenthumsübergang auch von der Veräußerungs- und Verfügungsfähigkeit des Veräußerers, insbesondere von dessen Eigenthumsrecht an der übergebenen Sache ab. Wer also vom Nichteigenthümer, wenn auch redlicherweise, erwirbt, erhält nur Ersitzungs-

---

trauten Sache sein soll, oder einen Verwaltungsvertrag der Art vornehmen, daß der Verwalter an den zur Verwaltung übergebenen nicht vertretbaren Gegenständen Eigenthümer wird.

10) Vgl. unten Bd. 2 § 289 Anm. 29.

11) Bei einigen Geschäften ist es zweifelhaft, ob sie als Rechtsgrund des Eigenthumsübergangs anzusehen sind. Es können hierüber die Bestimmungen der A. G. O. I, 50 § 296 ff. verglichen werden, trotzdem sie seit Einführung der Konkursordnung Gesetzeskraft nicht mehr haben. Hiernach geht insbesondere das Eigenthum an den zum Verkauf in Kommission gegebenen Gegenständen auf den Verkaufskommissionär nicht über. Vgl. unten Bd. 2 § 117 Anm. 7. Der Pächter erwirbt durch die Uebergabe der Inventarienstücke des Pachtgutes an denselben nach den Gedanken der landrechtlichen Zeit kein Eigenthum, vgl. unten Bd. 2 § 167, ebensowenig der Arbeiter an den ihm zur Verarbeitung gegebenen Materialien. A. G. O. I, 50 § 337.

12) Mit Recht ist daher eine Unterschlagung angenommen worden in einem Falle, in welchem Jemand den ihn zum Wechseln übergebenen Fünfthalerschein bei Seite schaffte und unter dem Vorgeben, nur einen Einthalerschein erhalten zu haben, nur den Werth eines Thalers vergütete.

13) § 41 J. de rer. div. 2, 1.

14) Wer eine Waare, z. B. auf dem Markt, nur gegen baar verkaufen will, behält Eigenthum bis zur Geldzahlung, da er erst mit dieser Besitz und Gewahrsam übertragen will. Entfernt sich der Käufer mit der Sache vorher, so ist er also Dieb, R. G. in Strafsachen Bd. 1 S. 289.

besitz, nicht Eigenthum, wenn nicht einer der allerdings zahlreichen Ausnahmefälle vorliegt, in welchem guter Glaube des Erwerbers das mangelnde Recht des Rechtsvorfahrs ersetzt.[15] Erwirbt aber der veräußernde Nichteigenthümer nach der Uebergabe Eigenthumsrecht an der übergebenen Sache, so konvalescirt nach Landrecht das Recht des Erwerbers, während die Römer einen wahren Eigenthumsübergang, weil die Uebertragung seinerzeit unwirksam war, nicht anerkannten, vielmehr nur durch exceptio und replicatio rei venditae et traditae halfen. Ebenso konvalescirt die durch den Erblasser geschehene Veräußerung von Sachen, welche dem Erben gehörten, mit dem Erbschaftserwerb, falls derselbe ohne Vorbehalt des Inventars geschah.[16]

5. Wurde der Eigenthümer einer beweglichen Sache zu deren Uebereignung rechtskräftig verurtheilt, so erfolgt die Zwangsvollstreckung durch deren Wegnahme Seitens des Gerichtsvollziehers und durch Uebergabe an dessen Auftraggeber. In Folge dessen wird dieser Eigenthümer, falls der Schuldner Eigenthümer war, da das Urtheil dessen Uebereignungswillen ersetzt. Dritten verbleiben ihre Rechte trotz der Wegnahme.[17]

6. In gewissen Fällen ist endlich auch der Pfandgläubiger zur Eigenthumsübertragung durch Uebergabe berechtigt.[18]

7. Der Einfluß eines bei der Uebergabe unterlaufenden Irrthums ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.[19]

---

15) Vgl. oben §§. 188. 189.

16) L. R. I, 15 §§ 8. 9. 10. Ferner wird die vom Nichteigenthümer vorgenommene Veräußerung durch Genehmigung des Eigenthümers und zwar rückwärts hin gültig, oben § 116.

17) Vgl. R. C. P. O. § 769 ff. Verschieden ist also der Fall der öffentlichen Versteigerung, vgl. oben § 188.

18) Vgl. unten § 358.

19) Oben § 108 bei Anm. 6 ff. Insbesondere kommt wesentlicher Irrthum über die Sache, über deren wesentliche Eigenschaften, wie über die Person des Empfängers — vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 19 S. 432, oben § 154 Anm. 4 — in Betracht. Fraglich ist aber der Einfluß des Irrthums über das Eigenthum der Sache. Es kommen hier folgende Fälle vor: a) Es übergiebt Jemand als Vertreter eines Anderen, z. B. als Vormund, seine eigene Sache, die er irrthümlicherweise für die seines Mündels hält. Liegt hierin bloß ein Irrthum in den Beweggründen? Nach römischem Recht ist die Frage zweifelhaft trotz l. 35 D. de a. r. d. 41, 1, vgl. Savigny Bd. 3 S. 355. Nach Landrecht wird man nicht zweifeln, daß der Vertreter, welcher nicht den Willen für sich, sondern Namens eines Anderen erklärt, Eigenthum nicht überträgt. b) Es übergiebt Jemand umgekehrt eine fremde Sache, z. B. die seiner Frau, an welcher er Veräußerungsrecht hat, im Glauben, sie sei die eigene. Auch hier verliert die Frau ihr Eigenthumsrecht nicht, weil ihr Mann nicht die Sache seiner Frau veräußern wollte; dagegen Eccius Bd. 3 § 178 Anm. 21. c) Es übergiebt Jemand die eigene Sache in eigenem Namen im Glauben, sie sei eine fremde, oder der Empfänger ist in solchem falschen Glauben. Hier geht Eigenthum über. Denn plus est in re, quam in existimatione. Vgl. ferner Exner Tradition S. 281 ff. Ihering Jahrb. Bd. 2 S. 149 ff.

§ 239. Uebergabe mittels Uebersendung.[1]

Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes geht das Eigenthum an einer mittels Boten, Frachtführers, Post oder Eisenbahn übersendeten Waare nicht mit deren Absendung, sondern erst durch die Ablieferung derselben an den Adressaten über, wenn die Mittelsperson vom Veräußernden, und nicht vom Empfänger ihren Auftrag erhalten hatte.[2] Unabhängig von der Frage des Eigenthums ist aber dort die des Ueberganges der Gefahr.[3]

Nach preußischem Recht gilt die Uebereignung beweglicher Sachen, die auf Grund eines Distanceverkaufes abgesendet werden, schon dann als vollzogen, wenn sie dem Frachtführer behufs der Aushändigung an den Käufer überliefert sind.[4] Hiernach knüpft sich bereits an die Absendung der Eigenthumswechsel, wie sich auch der Uebergang der Gefahr bei solchen Verkäufen an die Absendung knüpft. Gerade dies war ein wesentlicher Grund für die Annahme der Uebereignung mit der Absendung, denn nach den Grundsätzen des Landrechts trägt der Eigenthümer die Gefahr, der Uebergang der Gefahr galt also als wesentliches Kennzeichen des Eigenthumsübergangs. Dennoch sind die Befugnisse, welche der Käufer von der Absendung an erhält, noch beschränkte.

Allerdings wird er Eigenthümer, so daß er im Fall einer Beschädigung seinerseits unmittelbar auf Schadloshaltung klagen kann, auch befugt ist, gegen Dritte im Fall des Abhandenkommens der Waare vindicirend aufzutreten. Besitz aber bleibt trotzdem beim Verkäufer bis zur Einhändigung der Waare an den Käufer;[5] es sei denn, daß derselbe früher, durch Konossement oder Ladeschein, auf den Käufer übertragen ist.[6] Daher darf der Käufer die auf dem Transport befindliche Waare noch nicht eigenmächtig an sich nehmen; sie kann auch wegen seiner Schulden noch nicht gepfändet werden. Der Frachtführer ferner untersteht noch den Anweisungen des Absenders, z. B. wegen Zurücknahme des Gutes oder wegen Aushändigung an einen Dritten, bis er dem Adressaten den Frachtbrief übergeben hat.[7] Wollte der Käufer die noch nicht empfangene Waare vom Verkäufer vindiciren, so unter-

1) Vgl. Goldschmidt Handelsrecht § 82. Gruchot Bd. 9 S. 392.
2) l. 65 pr. de a. r. d. 41, 1.
3) Vgl. unten Bd. 2 § 138 bei Anm. 2.
4) L. R. I, 11 § 128 ff. Das H. G. B. enthält keine besonderen Vorschriften, vgl. noch code de comm. art. 100, österreich. b. G. B. § 429. Ueber den Begriff des Distancekaufs siehe unten Bd. 2 § 58.
5) Dies ist aus den allgemeinen Grundsätzen der Besitzlehre zu folgern; L. R. I, 11 § 128 ff. steht wohl nicht entgegen. Uebergang des Eigenthums ohne Besitzübergang findet sich auch bei Seeschiffen. Vgl. oben § 238 Anm. 3.
6) Vgl. oben § 152 bei Anm. 7 und Anm. 8.
7) H. G. B. Art. 402. Die Bestimmung ist auch für Nichthandelskäufe maßgebend.

läge seine Vindikation der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sofern er mit dem Kaufpreise im Rückstande ist.

Verfällt endlich der Käufer in Konkurs, ehe die Waare an dem Orte der Bestimmung angekommen und in seine Gewahrsam oder in die einer anderen Person für ihn gelangt ist, so steht dem Verkäufer (wie auch dem Einkaufskommissionär im Konkurse seines Kommittenten), wenn er noch nicht vollständig bezahlt ist, die Eigenthumsklage zu.[8]

§ 240. Die Auflassung.[1]

Für die freiwillige Veräußerung von Grundstücken, von Bergwerken und von eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten ist die gesetzliche Form seit dem 1. Oktober 1872 die Auflassung in Verbindung mit der Eintragung des Aufgelassenen in das Grundbuch. Die Auflassung besteht in der vor dem zuständigen Grundbuchrichter mündlich und gleichzeitig abzugebenden Erklärung des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage.[2] [3] Der Eigenthumserwerb vollzieht sich aber noch jetzt durch Uebergabe, wenn ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt werden kann, was sich für die Rechtsanwendung schon daraus ergiebt, daß es zur Eröffnung desselben noch nicht gekommen ist.[4]

---

8) R. K. O. § 36; vgl. unten Bd. 2 § 117 zu 1a und daselbst § 185 bei Anm. 13, siehe auch R. G. Bd. 27 S. 87.

1) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 § 1 ff. Achilles bei Gruchot Bd. 21 S. 1 ff. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 276 ff., vgl. auch Stobbe die Auflassung des deutschen Rechts in Jherings Jahrbuch Bd. 12 S. 137 ff., Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880 S. 272, 305 und die bei Stobbe D. P. R. Bd. 2 § 94 Anm. 1 sonst citirten Schriftsteller.

2) E. E. Gesetz vom 5. Mai 1872 §§ 1 und 2, vgl. oben § 199, Ausführungsgesetz zum Gerichts V. G. vom 24. April 1878 §§ 31, 23, unten § 221 Anm. 2. — Nach dem Gesetz vom 3. Juni 1874 geschieht die Eintragung der zur Errichtung trigonometrischer Marksteine durch Vereinbarung erworbenen Flächen ohne Auflassung auf Ersuchen des Landraths. Nach dem Gesetze über Beförderung der Rentengüter vom 7. Juli 1891 § 12 Abs. 2 geht das Eigenthum der von Generalkommissionen begründeten Rentengüter durch Eintragung im Grundbuch auf Grund des durch die Generalkommission bestätigten Vertrags über.

3) Nach § 1 des die Stempelabgaben betreffenden Gesetzes vom 5. Mai 1872 ist bei Auflassungen ein „s. g. Werthstempel" von 1% des Werthes des Grundstücks zu erheben. Die Auflassung unterliegt demselben aber nach § 2 des Gesetzes nicht, wenn gleichzeitig oder binnen gleichzeitig nachzusuchender, richterlicher Frist die das Veräußerungsgeschäft enthaltende, in stempelpflichtiger Form ausgestellte Urkunde der Grundbuchbehörde vorgelegt wird.

4) G. B. O. § 49. — Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 275, anders O. Trib. Entsch. Bd. 77 S. 269 ff. Peters bei Gruchot Bd. 23 S. 595 ff. Auch wer sich auf unseren Standpunkt nicht stellt, wird zugeben müssen, daß dem Veräußerer

Die Verwandtschaft der heutigen Auflassung mit dem gleichnamigen älteren deutschen Institut beruht mehr auf der äußeren Gestalt — nämlich der Vollziehung des Aktes vor dem Richter der belegenen Sache —, als auf der inneren Bildung. Denn bei der gerichtlichen Auflassung des ältern Rechtes wurde das zu Grunde liegende Veräußerungsgeschäft mitverlautbart.[5] Die preußische Auflassung hingegen ist ein abstraktes Rechtsgeschäft,[6] da sie den Erwerb des Eigenthums auf die nackte, von jeder Beziehung auf das zu Grunde liegende Geschäft absehende Willenserklärung der Uebereignung gründet, theils um hierdurch den Vortheil zu erreichen, daß der Grundbuchrichter seine Prüfung bei Eintragung des Erwerbers nicht auf die der Uebertragung zu Grunde liegenden Geschäfte zu erstrecken hat, theils um den Verkehr mit Grundstücken trotz der gerichtlichen Form möglichst zu erleichtern. So tritt dieser Akt an die Seite der römischen cessio in iure, bei welcher in ähnlich abstrakter Weise vor Gericht Eigenthum übertragen wurde.[7]

Ihrem Inhalt nach lassen sich in der Auflassung zwei aufs engste mit einander verknüpfte Bestandtheile unterscheiden. Einmal bekundet sich in ihr der beiderseitige Wille der Vertragschließenden, daß das Eigenthum auf

---

und seinen Rechtsnachfolgern, da sie nicht eingetragen sind, § 7 Abs. 2 E. E. Ges. also nicht eingreift, die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehen müßte. Eccius Bd. 3 § 178 Anm. 38 ist in den neueren Auflagen dieser Auffassung beigetreten. Vgl. noch unten § 243 Anm. 17.

5) Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde S. 272, S. 305, Stobbe d. P. R. 2. Aufl. 1883 Bd. 2 S. 185. — Eccius 6. Aufl. 1892 Bd. 3 § 178 Anm. 2 verweist dafür, „daß Dernburgs Auffassung der Auflassung im alten deutschen Rechte unrichtig" ist, auf Stobbe a. a. O. Offenbar hat Eccius sein Urtheil auf Stobbes erste Auflage gestützt. Denn in seiner zweiten Auflage bemerkt dieser Schriftsteller: „Soweit Brunner diese Fragen in seinem letzten Epoche machenden Werk erörtert, haben wir ein sicheres kaum zu erschütterndes Fundament gewonnen; indem ich mich größtentheils seinen Resultaten anschließe, hat dieser Paragraph in seinem ersten Theile eine völlige Neubearbeitung erhalten." Demnach führt Stobbe in der gedachten zweiten Auflage aus: „Bei der Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken fanden in alter Zeit vor Zeugen zwei Akte statt, a) die Erklärung, auf Grund eines Kauf-, Schenkungs-, Tauschvertrags u. s. w. das Eigenthum auf den Andern übertragen zu wollen (sola traditio), b) die Uebertragung des Besitzes auf den Erwerber (investitura, Gewere). Ursprünglich scheinen die beiden Akte vereinigt gewesen zu sein und auf dem Grundstück selbst vorgekommen zu sein." Der von Eccius weiter als Gewährsmann angeführte „Fabricius" Stralsunder Stadtbuch berichtet allerdings, daß bei den ältesten „Eintragungen" im Stadtbuch nicht selten die Angabe des Veräußerungsgeschäfts fehle; „Eintragungen" sind aber nicht gleichbedeutend mit „Auflassungen". Auch die schließliche Anführung einer Aeußerung von „Achilles" dürfte kaum rechtfertigen, daß Eccius die geschichtlichen Forschungen von Brunner, denen ich lediglich gefolgt bin, kurzer Hand für „unrichtig" erklärt.

6) Es fällt also die Eigenthumsübertragung durch Auflassung unter dieselbe Kategorie von Geschäften, wie der Wechsel. Vgl. Kuntze Wechselrecht S. 43. Doch können die Betheiligten in der Auflassungserklärung das Rechtsgeschäft, welches der Auflassung zu Grunde liegt, bezeichnen; auch sind dieselben befugt, eine Ausfertigung oder Abschrift der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde zu den Akten zu geben. G. B. O. § 48 Abs. 2. Vgl. oben § 238 Anm. 8.

den Aufgelassenen übergehe. Hierdurch tritt sie an die Stelle der bisherigen Uebergabe, deren innerer Kern gleichfalls war, daß sich in ihr der beiderseitige Wille des Eigenthumsübergangs verkörperte. Sodann spricht die Auflassung dem Grundbuchamt den Antrag und die Bewilligung aus, daß das Eigenthum auf den neuen Erwerber umgeschrieben werde. In Kollisionsfällen mit anderen zur Eintragung angemeldeten dinglichen Rechten wird daher die Ordnung der Eintragungen im Buche durch das Datum der Auflassung bestimmt.[8]

Indem sich so die Erklärung des Willens der Uebertragung nothwendigerweise mit dem Antrag auf Eintragung des Aufgelassenen als Eigenthümers im Buche verknüpft, ergiebt sich, daß Grundstücke im Wege freiwilliger Veräußerung nicht mehr unter aufschiebenden Bedingungen zu Eigenthum übertragen werden können. Denn auf Grund eines suspensiv bedingten Uebertragungswillens kann zwar die Einschreibung einer hierauf bezüglichen Vormerkung in Abtheilung II des Grundbuchblattes — begehrt, nicht aber, was für den Eigenthumsübergang durch Auflassung wesentlich ist, die Eintragung auf das Eigenthumsblatt — in Abtheilung I — vollzogen werden, da dort nur der zeitige Eigenthümer verzeichnet wird. Unzuläßig ist auch, ein Grundstück von einem bestimmten Termin ab, z. B. dem 1. Januar künftigen Jahres, im voraus aufzulassen, da sich die Eintragung sofort an die Auflassung anzuschließen hat.[9]

Die Auflassung überträgt Eigenthum nur in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuche. Sie bildet mit ihr zusammen den Modus des Eigenthumserwerbs. Eine Auflassung also, deren Eintragung in Folge richterlicher Nachlässigkeit oder höherer Gewalt, z. B. Feindeseinbruch, Brand, unterbliebe, wäre inzwischen unkräftig.[10] Ist nun aber für die Eintragung der Rechtszustand zur Zeit ihres Vollzugs maßgebend, oder bildet sie nur die gesetzlich nothwendige Bekundung der Auflassung, auf welche sie

---

7) Gaj. Inst. II, § 24.

8) Vgl. oben § 200 im Text nach Anm. 4.

9) Vergl. oben § 227 bei Ziff. 1. Die Eintragung soll sich unmittelbar an die Auflassung anschließen nach G. B. O. § 48 Abs. 3. Natürlich ist dies nur instruktionelle Vorschrift. Die Auflassung verliert ihre Gültigkeit also nicht, wenn zwischen beiden Akten ein längerer Zwischenraum liegen sollte. Ein solcher ist zuweilen unvermeidlich z. B. bei Parcellirungen.

10) Hinsichtlich der Gestaltung der Auflassung standen sich in den Häusern des Landtages zwei Ansichten entgegen. Die eine — durch Bähr, vgl. Iherings Jahrb. Bd. 11 S. 75 ff., vorzugsweise vertreten — wollte den Eigenthumsübergang an die Auflassung als solche knüpfen, indem ihr der privatrechtliche Gesichtspunkt überwog, daß durch dieselbe der Uebertragungswille der Parteien beiderseitig formell erklärt sei; die Eintragung hätte sich nach dieser Ansicht dem Eigenthumserwerb durch Auflassung nur hinzugesellt, um dem Aufgelassenen das Recht der dinglichen Belastung und der Veräußerung beim Grundbuchamt zu verschaffen. Dagegen der Regierungsentwurf und

sich stützt? Man denke, der Aufgelassene stirbt plötzlich nach der Auflassung, vor der Eintragung, oder verliert in dieser Zwischenzeit die Fähigkeit zur Veräußerung des Grundstücks. Nach der ersteren Auffassung wäre die Eintragung hier unzulässig und nichtig, da ein Verstorbener nicht mehr Eigenthum erwerben kann. Nach der zweiten Betrachtungsweise wäre sie noch zulässig und gültig, da es sich nur um Beurkundung des Zustandes zur Zeit der Auflassung handeln würde. Wir schließen uns der letzteren Ansicht an, da das Gesetz vor der Eintragung vom Richter lediglich Prüfung der Rechtsgültigkeit der Auflassung fordert[11] und diese Behandlung der Sache auch die angemessenere und billigere ist.[12]

Verwandt ist die Frage, ob der Eigenthumsübergang rückwärts vom Augenblick der Auflassung an zu datiren, oder von der Eintragung an zu rechnen sei? Die erstere Ansicht ist die richtige, da der Zweck der Eintragung nur darin besteht, den in der Auflassung erklärten Uebertragungswillen zu bekunden und damit zur Wirksamkeit zu bringen.[13] Die Rückziehung ist namentlich wichtig, wenn sich die Eintragung verzögert und der Auflassende vor Eintragung des Erwerbers in Konkurs geräth.[14] [15]

---

die Mehrheit des Landtages, von dem mehr öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte ausgehend, daß es im allgemeinen Interesse liege, Eigenthumserwerb und Eintragung aneinander zu knüpfen, forderte zur freiwilligen Veräußerung die auf Grund der Auflassung erfolgte Eintragung. Siehe übrigens auch unten § 243 Anm. 17.

11) G. B. O. § 46. Vgl. Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 1 S. 76 über den Tod des Bewilligenden vor der Eintragung. Auch die vor der Eintragung bei dem Grundbuchrichter abgegebene Erklärung, die Auflassungsbewilligung zurücknehmen zu wollen, hindert folglich die Eintragung nicht. Dagegen kann der Auflassende in geeigneten Fällen eine einstweilige gerichtliche Verfügung erlangen, welche die Eintragung einer Vormerkung zu seinem Schutz gleichzeitig mit der Eintragung des Aufgelassenen verordnet.

12) Bei Eccius Bd. 3 § 178 S. 264 liest man: Ist die Genehmigung einer Vormundschaftsbehörde erst nach der Auflassung ertheilt, so ist klargestellt, daß die Auflassungserklärung zu einer Zeit abgegeben ist, in welcher daraufhin die Eintragung nicht erfolgen konnte. Die Auflassung muß also wiederholt werden." Welch überflüssiger Formalismus! Die Genehmigung wirkt auch hier — oben § 116 bei Ziff. 2 a. E. — rückwärts, damit ist der Fehler der Auflassung geheilt.

13) Vgl. oben § 102 Anm. 7.

14) Das R. G. hat sich mehrfach — gegen unsere Ausführung unten Bd. 2 § 114 Anm. 26 — dahin entschieden, daß dann, wenn die Konkurseröffnung über den Pfandschuldner erfolgt, ehe eine vorher angemeldete Hypothek im Grundbuch eingetragen ist, diese Hypothek gegenüber der Konkursmasse ungültig ist. Diese Entscheidung ist für den Verkehr unerfreulich genug. Doch kann sich der Hypothekar dadurch gegen die übeln Folgen dieser Praxis schützen, daß er die Darlehenssumme erst nach Aushändigung des Hypothekenbriefes zahlt. Weit bedenklicher und die Sicherheit des Grundstücksverkehrs geradezu untergrabend wäre es aber, wenn man weiter gehend annehmen wollte, daß das Grundstück, welches bereits aufgelassen ist, zur Konkursmasse zu ziehen sei, falls seine Ueberschreibung im Grundbuch erst nach Eröffnung eines Konkurses über den Auflassenden erfolgt. Da gleichzeitig mit der Auflassung die Zahlung des Kaufpreises nach der gesetzlichen Regel, welche Erfüllung Zug um Zug fordert — unten Bd. 2 § 137 — und nach der Uebung des Verkehrs zu erfolgen hat, so würde hiermit

Bei Abtretung eines Trennstücks zu Gunsten der im § 2 der Grundbuchordnung erwähnten öffentlichen juristischen Personen und öffentlichen Zwecke kann die Eintragung des Aufgelassenen auf dessen Antrag durch bloße Abschreibung des Trennstücks auf dem Blatte des Stammgrundstücks unter Angabe des Sachverhältnisses ersetzt werden.[16]

§ 241. Voraussetzungen und Form der Auflassung.

Die Voraussetzungen der Rechtsgültigkeit der Auflassung sind theils besondere, in dem eigenthümlichen Wesen der Auflassungsform beruhende, theils die allgemeinen eines jeden Veräußerungsgeschäftes.

1. In Folge der Verknüpfung der Auflassungserklärung mit der Eintragung ist vorausgesetzt, daß der Auflassende als Eigenthümer im Buche eingetragen, daß er, wie sich Eigenthumserwerbsgesetz § 2 ausdrückt, „eingetragener Eigenthümer" sei. Selbst die im § 2 der Grundbuchordnung bezeichneten Personen, welche ihnen gehörige, nicht eingetragene Grundstücke mittels freiwilliger Veräußerung Anderen übertragen wollen, bedürfen daher der eigenen Eintragung vor dem Vollzug der Auflassung. Auch für den Erben ist die eigene Eintragung vorher nothwendig. Miterben aber können ein ererbtes und auf den Namen ihres Erblassers eingetragenes Grundstück auflassen, trotzdem daß sie nicht im Grundbuche eingetragen sind.[1] Ein zureichender Grund für die verschiedene Behandlung der Miterben und des Alleinerben besteht freilich nicht.

Kann gleich nur der Eingetragene nach dem Gesetze auflassen, so ist doch nicht Jeder als Eigenthümer eingetragene ohne weiteres zur

---

dem Erwerber ein Schaden zugefügt, gegen welchen er sich nach den Verkehrsgewohnheiten nicht schützen könnte. Die Rückziehung des Eigenthumsübergangs nach Vornahme der Eintragung auf den Zeitpunkt der Auflassung sichert gegen derartige verkehrsfeindliche Folgen. Sie entspricht aber auch der Bestimmung der G. B. O. § 48, wonach die Eintragung sich unmittelbar an die Auflassung anzuschließen hat. Es ist folgerecht dann, wenn dies dem Gesetz zuwider unterblieb, die Sache rechtlich so zu behandeln, wie wenn dem Gesetz Genüge geschehen wäre. Grundsätzlich einverstanden ist R. G. Bd. 28 S. 250. Vgl. Eccius Bd. 3 § 178 Anm. 49.

15) Bestellt der noch eingetragene Eigenthümer nach erfolgter Auflassung an der aufgelassenen, aber noch nicht überschriebenen Sache dingliche Rechte, welche ohne Eintragung gegen Dritte wirksam sind, räumt er z. B. einem Miether oder Pächter den Miethbesitz ein, oder begründet Grundgerechtigkeiten, so kommt deren Erwerber, welcher von der Vornahme der Auflassung nichts wußte, der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu Gute. Vgl. oben § 202 im Text nach Anm. 10. Siehe auch Eccius Bd. 3 § 178 Anm. 49.

16) G. B. O. § 59. Vgl. oben § 193 Anm. 11. Die Auflassung muß hier so geschehen, daß der eingetragene Eigenthümer die Abschreibung des Trennstücks bewilligt und der Erwerber sie unter Angabe des Sachverhältnisses beantragt. Ueber andere Auffassungen vgl. Turnau G. B. O. § 59 n. 5.

1) E. E. Gesetz § 5 Abs. 2. Unten Bd. 3 § 231 im Text nach Anm. 4. Zu Förster Grundbuchrecht S. 97 vgl. L. R. I 16 § 486. — Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 341.

Eigenthumsübertragung befähigt. Vielmehr muß der Eingetragene, damit er Eigenthum übertrage, gemäß allgemeiner Rechtsgrundsätze wirklich Eigenthümer des aufzulassenden Grundstücks sein,[2 3] falls nicht der Glaube des Buches den Aufgelassenen schützt, weil er in redlicher Meinung gegen Entgelt erwarb. Es ist dies wichtig für Fälle, in welchen der im Grundbuch Eingetragene bereits vor dem 1. Oktober 1872 das Grundstück durch Verkauf und Uebergabe veräußert hatte, ohne daß eine Umschreibung auf den Erwerber erfolgt war. Sollte der noch Eingetragene in solchen Fällen, trotzdem er nicht mehr Eigenthümer ist, einem Dritten auflassen, so erwirbt der Aufgelassene, wenn er das Sachverhältniß kannte, wegen des mangelnden Rechtes seines Vorfahrs das Eigenthum des aufgelassenen Grundstücks nicht.[4] —

Ueberhaupt finden die allgemeinen Vorschriften über Veräußerungs- und Erwerbsfähigkeit, über den Beitritt gesetzlicher Vertreter, z. B. der Ehemänner bei Geschäften der Ehefrauen, wie über die Einwilligung oder Genehmigung vorgesetzter Aufsichtsbehörden, auch auf die Auflassung Anwendung.[5 6]

---

2) Der Ausdruck „eingetragener Eigenthümer" ist zweideutig. Er kann denjenigen bezeichnen, welcher als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist, ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich der Eigenthümer ist. Diesen Sinn hat der Ausdruck im § 7 des E. E. Gesetzes. Es kann aber mit jenen Worten auch gemeint sein „der Eigenthümer", welcher, als solcher, auch eingetragen ist. So ist § 2 des E. E. Ges. auszulegen. Andernfalls wäre der Nichteigenthümer, welcher in Folge offenbaren Versehens oder einer Fälschung als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen wurde, zur Auflassung und zur Eigenthumsübertragung auch an solche Dritte berechtigt, welche die Mängel des Rechts ihres Vorfahrs kannten, vorbehaltlich bloß persönlicher Anfechtung, welche beispielsweise im Konkurse des Erwerbers unzulänglich wäre. Vgl. oben §§ 201 bei Ziff. 2 und § 202 bei Ziff. 5, unten § 242 Anm. 2.

3) Entsprechend hat das Kam. Ger. Bd. 1 S. 62, Bd. 4 S. 151 entschieden: „wenn es aktenmäßig feststeht, daß der eingetragene Eigenthümer in Gütergemeinschaft verheirathet ist, so darf der Grundbuchrichter die Veräußerungsgenehmigung der Ehefrau nicht deshalb, weil dieselbe nicht mit eingetragen worden, zur Auflassung des veräußernden Ehemanns als entbehrlich erachten." Eine nicht eingetragene kontraktliche Verfügungsbeschränkung hat aber der Grundbuchrichter nicht zu beachten, Kam. Ger. Bd. 10 S. 85.

4) Andere vertheidigen, noch weiter gehend, die Ansicht, daß wer vor dem 1. Oktober 1872 durch Titel und Uebergabe Eigenthum erwarb, ohne die Eintragung an Stelle des im Buche Stehenden erlangt zu haben, in seiner Eigenthumsstellung durch eine vom Eingetragenen ausgehende Auflassung, wie auch durch die Auflassungen Seitens der eingetragenen Rechtsnachfolger desselben nicht berührt werde, weil sein Eigenthumsrecht durch die Veränderung der Gesetzgebung nach den allgemeinen Grundsätzen über die rückwirkende Kraft der Gesetze und ohne bezügliche Uebergangsbestimmungen nicht verschlechtert werden konnte. Entsch. des Obertribunals Bd. 75 S. 15 ff., vergl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 252 ff. Eccius Bd. 3 § 178 Anm. 56, aber R. G. Bd. 2 S. 323, Bd. 16 S. 225.

5) Ausdrücklich hatte der Entwurf des Gesetzes über den Eigenthumserwerb von 1869 § 3 vorgeschrieben, „die gesetzlichen Vorschriften über den Beitritt gesetzlicher Ver-

An Stelle des eingetragenen Eigenthümers wie des Erwerbers können Bevollmächtigte handeln.[7] Ihre Vollmacht muß nach den Vorschriften des preußischen Rechtes über die Bevollmächtigung zur Veräußerung und zum Erwerb von Grundeigenthum eine specielle sein, mögen sie nun für den Auflassenden oder den Aufzulassenden auftreten.[8] Die Vertretung beider Vertragschließenden durch einen Bevollmächtigten ist bei der Auflassung grundsätzlich nicht ausgeschlossen.[9] Folglich kann auch der eine der Betheiligten vom andern bevollmächtigt werden, für den Vollmachtgeber die Ueberschreibung zu bewilligen oder zu beantragen.[10] [11]

---

treter und die Einwilligung oder Genehmigung vorgesetzter Aufsichtsbehörden finden auch auf die Auflassung Anwendung." Dies hat der letzte Entwurf und das endliche Gesetz weggelassen, nicht weil man den hierdurch ausgesprochenen Rechtssatz nicht wollte, sondern weil er sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt. Demnach verlangt § 46 der G. B. O. vom Grundbuchrichter Prüfung der „Rechtsgültigkeit" der vollzogenen Auflassung nach Form und Inhalt. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 36. S. 459.

6) Das Recht auf Auflassung ist abtretbar, da die Abtretbarkeit eine allgemeine Eigenschaft der Vermögensrechte und für Auflassung eine besondere Ausnahme nicht gemacht ist. Johow Entsch. der Pr. Appell. Ger. Bd. 4 S. 96. Der Cessionar hat, wenn er den abgestempelten Kaufvertrag seines Cedenten nebst der — mit dem Cessions-(s. g. Urkunden-)stempel zu versehenden — Cession dem Grundbuchrichter vorlegt — vgl. oben § 240 Anm. 3 — den Auflassungsstempel nicht zu entrichten. Denn er ist in Folge seines Cessionsvertrages nicht Erwerber des Grundstücks, sondern der Forderung seines Cedenten gegen dessen Schuldner, den Verkäufer, geworden. — Dies läßt indessen das Kam. Gericht Entsch. Bd. 2 S. 189 in dem Falle nicht gelten, daß der Käufer des Grundstücks seinen Anspruch auf Auflassung nur bezüglich eines Theiles des Grundstücks abgetreten hat, weil hier der Gegenstand des Cessionsvertrags und der Auflassung nicht derselbe sei. Der Utilität mag diese Entscheidung entsprechen, vom Rechtsstandpunkt aus ist sie angreifbar. Denn der Theil ist im Ganzen begriffen.

7) L. R. I, 13 §§ 106. 107. Vermuthete Vollmacht — oben § 116 Ziff. 2 — genügt nicht.

8) Wird von einem Gläubiger der Anspruch seines Schuldners auf Uebertragung eines Grundstücks gepfändet, so ist anzuordnen, daß dieselbe an einen zu bestellenden Sequester vorgenommen werde. Der Sequester ist anzuweisen, daß er an Stelle des Schuldners die zum Eigenthumserwerb erforderlichen Erklärungen abgebe und sodann die Eintragung der Forderung des pfändenden Gläubigers in das Grundbuch bewillige und beantrage. R. C. P. O. § 747, Ausführungsgesetz zu R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 17 Abs. 1. Ueber den Fall der Pfändung durch mehrere Gläubiger siehe ebendaselbst § 17 Abs. 2, vgl. Hinrichs Studien S. 45.

9) Mit Recht entschied Kam. Ger. Bd. 4 S. 150, daß dies nur dann unzulässig sei, wenn nach der besondern Lage des Falls eine Kollision der Interessen der beiden Theile vorliege oder eine besondere gesetzliche Bestimmung die Unstatthaftigkeit herbeiführe. Eccius Bd. 3 § 178 Anm. 44 verneint dagegen die Statthaftigkeit der Bestellung eines und desselben Bevollmächtigten allgemein, weil der Bevollmächtigte „nach seinem Willen" entscheide, ob das Interesse des Vollmachtgebers gewahrt sei.

10) Johow Entsch. der Preuß. App. Ger. Bd. 4 S. 93.

11) Würden gleichzeitig Anträge auf Auflassung an verschiedene Personen gestellt, z. B. indem verschiedene Bevollmächtigte auftreten, oder zwei zur Auflassung verurtheilende Erkenntnisse vorgelegt werden, so wären zwar entsprechende Eintragungen im Grundbuch zweckmäßig, so daß z. B. Auflassung und Eigenthumseintragung zu Gunsten des Einen, Eintragung einer Vormerkung für den Andern vorgenommen würde, allein das

Eine wichtige Verschiedenheit zwischen Uebereignung durch Auflassung und durch Uebergabe liegt darin, daß der Uebergebende, nicht aber der Auflassende Besitzer der übertragenen Sache sein muß. Es steht also der Auflassung nicht im Wege, daß ein Dritter im vollständigen Besitze der aufgelassenen Sache oder eines Theiles derselben ist.

2. Zur Auflassung eignen sich Grundstücke und gleichgestellte Gerechtigkeiten nur dann, wenn sie im Grundbuche verzeichnet stehen. Zulässig ist auch die Auflassung des ideellen Theiles eines Grundstückes, da sie vom Gesetze nicht besonders ausgeschlossen ist.[12]

3. Wesentlich ist der auf den Eigenthumsübergang gerichtete ernste und freie Wille der beiden Theile.[13] Eigenthum geht also nicht über, wenn die Auflassungserklärung auf wesentlichem Irrthum beruhte, wenn z. B. das Hausgrundstück Nr. 1 irrthümlicherweise aufgelassen und überschrieben wurde, während die Betheiligten den Uebergang des Grundstücks Nr. 2 wollten.[14] Auch simulirte Uebereignung durch Auflassung ist ungültig.[15] [16]

Dagegen ist, wie schon hervorgehoben wurde, der Rechtsgrund der Auflassung — ihre causa — für den Eigenthumsübergang ohne Gewicht. Dem Auflassenden steht also nur eine persönliche Klage — Kondiktion — gegen den Aufgelassenen zu, wenn die Auflassung des zureichenden Grundes entbehrte. Zu diesem Zweck hat er die Gründe klar zu stellen,

---

Gesetz giebt hierzu dem Grundbuchrichter keine Ermächtigung; man hält daher für geboten, von der Eintragung überhaupt abzustehen und die Sache dem Prozeßrichter zu überlassen. Oben § 200 bei Anm 5.

12) Ist die Auflassung eines seiner Höhe nach unbestimmten ideellen Antheils zulässig? Es ist dies wohl zu verneinen. Anders Entsch. des Kam. Ger. Bd. 10 S. 312. — Zulässig ist, wie die Auflassung eines unbeweglichen Kuxes, so auch eines Bruchtheiles desselben.

13) Die Auflassung bildet einen Vertrag. R. G. Bd. 20 S. 227. Förster Bd. 3 § 178 fand in der Auflassung einseitige Handlungen vor dem Richter, welche auf Dereliktion des Auflassenden und Okkupation des Aufgelassenen zurückzuführen wären. Es ist dies der leitende Gedanke seiner Ausführungen. Derselbe konnte jedoch keine Anerkennung erlangen. Auch Eccius a. a. O. Anm. 33 bekämpft ihn.

14) Oben § 201 bei Ziff. 2, R. G. Bd. 29 S. 201 vgl. auch oben § 238 Anm. 20. — Der Auflassende hat folglich in diesem Falle eine Vindikation, nicht eine persönliche Anfechtungsklage. Er muß also nach C. P. O. § 25 seine Klage im Gerichtsstand der belegenen Sache anbringen. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 707.

15) Vgl. oben § 104 Anm. 7.

16) Ergiebt sich — sagt R. G. bei Daubenspeck bergr. Entsch. S. 101 — aus dem der Auflassung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, daß den Betheiligten der Wille das Eigenthum unbedingt oder resolutiv bedingt zu übertragen fehlte, daß sie das Eigenthum vielmehr nur aufschiebend bedingt übertragen wollten, so kann der auf Grund der Auflassung erfolgten Eintragung des Eigenthums unter den Betheiligten keine weitere Wirkung beigemessen werden, als sie nach dem beiderseitigen Geschäftswillen haben sollte.

welche die Auflassung veranlaßten, insbesondere nachzuweisen, welches Geschäft er beabsichtigte und welche Mängel demselben anhaften.

Mängel des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, welche bloß die Form betreffen, werden jedoch durch die Auflassung geheilt.[17]

4. Die Auflassung bildet ein Formalgeschäft. Dasselbe ist durch die mündliche und gleichzeitige Erklärungen der Vertragschließenden zu vollziehen, daß der eingetragene Eigenthümer die Umschreibung auf den Erwerber bewilligt und dieser sie beantragt. Nicht nothwendig ist, daß gerade die im Gesetze benutzten Worte gebraucht werden. Auch ist unerheblich, ob der Antrag des Erwerbers oder die Bewilligung des Auflassenden vorhergeht. Gleichzeitigkeit ist gewahrt, wenn beide Theile bei den gegenseitigen Erklärungen gegenwärtig sind. Würde die Verhandlung unterbrochen und später in Beider Gegenwart fortgeführt, so wäre die Auflassung gültig.

Die Auflassung muß vor dem zuständigen Grundbuchrichter geschehen, und die gesetzlichen Formen für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wahren.[18]

Der Grundbuchrichter darf die Auflassungserklärung erst entgegennehmen, wenn er nach Prüfung der Sache dafür hält, daß der sofortigen Eintragung keine Hindernisse im Wege stehen.[19]

Die Auflassungserklärung des eingetragenen Eigenthümers wird ersetzt durch rechtskräftiges Erkenntniß, welches ihn zur Auflassung verurtheilt. Es bedarf dann nur des auf das Erkenntniß gestützten Antrages des Aufzulassenden.[20]

§ 242. Wirkungen der Auflassung.

1. Durch die Auflassung und die sich anschließende Eintragung wird der Aufgelassene, wie ausgeführt, nur dann Eigenthümer, wenn auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Eigenthumsübertragung vorhanden sind.

---

17) E. E. Gesetz § 10, oben § 98 Anm. 8. R. G. Bd. 16 S. 268, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 389, Bd. 33 S. 433.

18) G. B. O. §§ 31. 48. Das Protokoll insbesondere muß den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, namentlich auch von den Betheiligten unterschrieben sein. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 966. Wenn Analphabeten betheiligt sind, müssen die für deren gerichtliche Verträge vorgeschriebenen Erfordernisse gewahrt sein, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 658.

19) G. B. O. §§ 46. 48. Vgl. oben § 197 Anm. 16. Auch nach der Auflassung beim Grundbuchrichter aufstoßende Bedenken berechtigen und verpflichten denselben die Eintragung abzulehnen. Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 5 S. 117.

20) E. E. G. § 3. — R. C. P. O. § 779 fordert Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils nur für den Fall, daß die Willenserklärung von einer

Daher kommt es zu s. g. Duplicität des Eigenthums, wenn diese fehlen, denn der Eingetragene erwirbt dann zwar die buchmäßige Legitimation eines Eigenthümers; dem bisherigen Eigenthümer aber verbleibt nichtbuchmäßiges Eigethum.[1] Dies kann er gegenüber dem Eingetragenen nicht minder gegen dessen Rechtsnachfolger zur Geltung bringen, sofern dieselben nicht durch den öffentlichen Glauben des Buchs geschützt sind.[2]

2. Der Gegenstand der Uebertragung bestimmt sich durch den übereinstimmenden Willen der Betheiligten. Indem dieselben bei der Auflassung auf das Grundbuch Bezug nehmen und nehmen müssen, werden dessen Angaben zwar Bestandtheile ihrer Erklärung. Immerhin sind dieselben nicht schlechthin maßgebend, zumal die Betheiligten häufig thatsächlich nicht im Stande sind, festzustellen, ob die Bezeichnungen des Grundbuches den Gegenstand, um welchen es sich für sie handelt, genau treffen. Es ist daher in Streitfällen auf die Gesammtheit ihrer Willensäußerungen zurückzugehen. Hierbei sind die Angaben im Veräußerungsvertrag vorzugsweise zu beachten; desgleichen hat die Besitzübergabe noch immer erhebliche Bedeutung für die Erkenntniß der wahren Willensmeinung der Betheiligten.[3]

Unbewegliche Zubehörungen des Grundstückes, z. B. Gebäude, Bäume, gehen auf den Erwerber über, sofern sie sich der Auflassende nicht vorbehalten hat oder sie sonstigen Berechtigten, z. B. Pächtern, gehören.[4]

Fraglich ist, ob die beweglichen Zubehörstücke der aufgelassenen Sache auf den Aufgelassenen mit deren Auflassung oder erst durch besondere Besitzergreifung übergehen. Das Erstere ist das Richtige. Denn die beweglichen Zubehörstücke gelten, so lange sie diese Eigenschaft haben, rechtlich als dem Grundstück verbunden. Sie folgen daher dessen Schicksalen, als wären sie Theile desselben, womit nicht ausgeschlossen ist, daß

Gegenleistung, z. B. Zahlung des Kaufpreises, abhängig gemacht ist. Aus R. C. P. O. § 779 folgt, daß auch der Antrag des Aufzulassenden auf Umschreibung durch ein ihn zur Entgegennahme der Auflassung verurtheilendes Erkenntniß ersetzt wird.

1) Vgl. oben § 182 bei Ziff. 2.

2) Vgl. R. G. Bd. 5 S. 285 ff. Denkbar wäre freilich eine Behandlungsweise, wonach auch der auf Grund einer ungültigen Auflassung Eingetragene Eigenthümer würde und der Auflassende nur eine persönliche Anfechtungsklage hätte. Doch den Grundbuchgesetzen gehört sie nicht an. Als Neuerung von weittragenden Folgen müßte sie ausdrücklich vorgeschrieben sein, was keineswegs der Fall ist. Im § 9 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb werden die im Glauben an die „Richtigkeit des Grundbuches erworbenen Rechte“ gesichert. Es können demnach Eintragungen des Eigenthums „nicht richtig,“ also vom wirklich bestehenden Eigenthumszustand verschieden sein. Vgl. oben § 201 bei Ziff. 2 und § 241 Anm. 2.

3) Vgl. oben § 202 Ziff. 2. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 286 ff. R. G. Bd. 29 S. 202.

4) Vgl. auch oben § 215 Anm. 8 und 9.

einzelne Stücke nach dem Veräußerungsvertrag dem Veräußerer vorbehalten bleiben und dadurch ihre Eigenschaft als Zubehör verlieren. Diese Auffassung entspricht den gesetzlichen Bestimmungen, wonach die Verpfändung des Grundstücks dessen bewegliches Zubehör von Rechtswegen ergreift.[5]

3. Die Auflassung überträgt an sich nicht den Besitz der aufgelassenen Sache. Dennoch wird häufig in der Auflassungserklärung zugleich die Besitzübergabe zu sehen sein, da in dem Willen, Eigenthum des Grundstückes zu übertragen, nicht selten die Absicht, den Besitz zu Gunsten des Erwerbers unmittelbar aufzugeben, als selbstverständlich enthalten ist. Wann dies der Fall ist, muß nach den besonderen thatsächlichen Verhältnissen beurtheilt werden. Jedenfalls wird vorausgesetzt, daß der Auflassende selbst bisher im Besitze war und daß nicht ersichtlich sein Wille auf Zurückhaltung des Besitzes ging.[6]

4. Zweifelhaft ist endlich, mit welchem Augenblick den Aufgelassenen die Gefahr der Verschlechterung der Sache trifft. Das Landrecht knüpft den Uebergang der Gefahr bei Kaufgeschäften an die Uebergabe der Sache.[7] Ist dies nunmehr in Bezug auf Grundstücke geändert?[8] Dagegen führt man an, daß das neue Gesetz hinsichtlich der obligatorischen Beziehungen der Erwerbsgeschäfte keine Bestimmung trifft, so daß das bisherige Recht in dieser Hinsicht unberührt sei. Aber jene Vorschrift des Landrechts ist nur Folgesatz des allgemeinen Grundsatzes, wonach der Uebergang der Gefahr sich an den Eigenthumswechsel knüpft. Verlegt sich daher der Eigenthumsübergang, so wirkt dies auch auf die Lehre von der Gefahr ein.[9] Dabei ist aber die Zeit der Auflassung entscheidend, nicht

---

5) Vgl. oben § 62 bei Anm. 15 und Anm. 17, unter § 329 Ziff. 4. Im Berichte der Kommission des Herrenhauses zum Gesetz über den Eigenthumserwerb. S. 11 wird die Frage berührt. Die Lösung aber, „daß nach Verschiedenheit der Fälle Uebergabe nöthig sein wird oder nicht" ist dunkel. Das O. Trib. hat bei Striethorst Archiv Bd. 96 S. 285, Bd. 98 S. 31 angenommen, daß das Gutsinventar durch Auflassung des Gutes, sofern hierbei seine Zugehörigkeit nicht nach den Parteierklärungen aufgehoben wird, mit demselben übergeht.

6) Vgl. L. R. I, 7 § 59. I, 11 § 125 ff. Oben § 153 Anm. 5. Siehe auch Bähr in Iherings Jahrbüchern Bd. 11 S. 70.

7) L. R. I, 11 § 96.

8) In dem Gesetzentwurf 1868/69 bestimmte § 8: „die Gefahr der Sache geht durch die Eintragung auf den Erwerber über, wenn ihm auch noch nicht übergeben worden ist." Nach den Motiven hierzu S. 38 sollte es aber bei der Regel von L. R. I, 11 § 95 bewenden, wonach die Gefahr mit der Uebergabe auf den Erwerber übergeht. Nur dann, wenn die Uebergabe erst nach der Eintragung erfolgte, sollte der Uebergang der Gefahr an die Eintragung geknüpft werden. Die späteren Entwürfe haben die Lösung der Frage der Wissenschaft überlassen.

9) Die Mehrzahl der Schriftsteller, insbesondere Förster Bd. 3 § 178 erachten das alte Recht als nicht geändert. So auch R. G. Bd. 7 S. 241 in einem Fall,

aber[10] die Zeit der Eintragung, da zwischen den Vertragschließenden die Auflassung als der Augenblick anzusehen ist, in welchem sich der Eigenthumswechsel vollzieht. Natürlich können die Parteien hinsichtlich des Ueberganges der Gefahr von den regelmäßig eintretenden Grundsätzen abweichende Vereinbarungen treffen.

§ 243. Rechtsfolgen bloßer Uebergabe von Grundstücken.[1]

I. Bis zum 1. Oktober 1872 wurde Eigenthum durch Titel und Uebergabe erworben. Der Erwerber, welcher nachweist, daß sich der Eigenthumsübergang vorher in dieser Weise vollzog, kann daher auch nach dem 1. Oktober 1872 seine Eintragung im Grundbuch verlangen, ohne daß Auflassung oder Zustimmung des als Eigenthümer Eingetragenen erforderlich wäre.[2]

II. Seit dem 1. Oktober 1872 erhält der Käufer oder sonstige Erwerber eines Grundstückes durch Uebergabe nicht etwa sogenanntes natürliches Eigenthum.[3] Vielmehr giebt ihm die Uebergabe zu den aus dem Veräußerungsgeschäfte entspringenden persönlichen Ansprüchen gegen den Verkäufer nur den vollständigen Sachbesitz.[4] Dieser Besitz ist ein redlicher.[5] Daher kommen ihm die Rechte redlicher Besitzer zu Gute. Er gilt

---

in welchem das verkaufte Wohnhaus nach der Uebergabe vor der Auflassung abbrannte, vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 23 S. 916. Das Erkenntniß des R. G. stützt sich darauf, daß Suarez in den Schlußvorträgen außer dem Grundsatz casum sentit dominus gegen das römische Recht auch dessen Spitzfindigkeit, Widerspruch mit der natürlichen Billigkeit und die sich aus ihr ergebenden Weitläufigkeiten und Verwickelungen geltend machte, Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 16. Es bestanden demnach mehrere Gründe, um das römische System zu verlassen; aber daß man den Uebergang der Gefahr an die Uebergabe knüpfte, geschah doch offenbar nach dem Princip casum sentit dominus. Eccius Bd. 1 § 108 Anm. 13 läßt die Gefahr sowohl mit der Auflassung als der etwaigen früheren Uebergabe auf den Käufer übergehen. Vgl. unten Bd. 2 § 138 Anm. 9.

10) Oben § 240 bei Anm. 13.

1) Vgl. von Brünneck die exceptio rei venditae et traditae bei unterlassener Eintragung des neuen Erwerbers, bei Gruchot Bd. 14 S. 567, welche Abhandlung freilich auf dem früheren Entwurf von 1869/70 fußt. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 241 ff., S. 245 ff.

2) Gr. B. O. § 49. — Vgl. auch unten § 245 Anm. 1 a. E.

3) Ist es Folge der Neuerung, wonach der Käufer durch die Uebergabe nicht mehr Eigenthümer wird, daß die von ihm auf dem bloß übergebenen Grundstücke errichteten Gebäude den dinglichen Belastungen, insbesondere den Pfandrechten, welche auf dem Boden ruhen, nicht mehr unterworfen sind? Vgl. § 30 des E. E. Gesetzes, wonach das Pfandrecht nur ergreift „die dem Eigenthümer gehörigen Gebäude," und unten § 329 Anm. 5. Sie treten also erst mit der Auflassung an den Käufer in die Pfandhaftung.

4) Soll freilich nach dem Vertrag, das Eigenthum am Grundstück erst nach einer Zahlung übergehen, der Käufer aber inzwischen den Genuß des Grundstückes gegen Zahlung der Zinsen des Kaufgeldes haben, so hat derselbe den Besitz des Grundstücks als eines fremden, also bloß unvollständigen Besitz und zwar bis zur Zahlung, nicht, wie Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 91 meint, bis zur Auflassung.

5) Vgl. oben § 149, Anm. 15. Anders Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 91, R. G. Bd. 21 S. 313.

Dritten — nicht dem Eingetragenen — gegenüber der Vermuthung nach als Eigenthümer. Im Falle des Besitzverlustes steht ihm ein Klagerecht gegen diejenigen zu, welche ein schwächeres Recht an der Sache haben.[6] Er kann sogar ersitzen — nur nicht gegen den eingetragenen Eigenthümer,[7] — und zwar durch die gewöhnliche Verjährung, da es ihm an einem zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel nicht fehlt.[8]

1. Ist der Verkäufer noch als Eigenthümer des dem Käufer übergebenen Grundstückes eingetragen, so kann er Dritten dasselbe noch gültigerweise dinglich belasten und auflassen. Der Aufgelassene wird Eigenthümer, auch wenn er von dem früheren Verkauf und der Uebergabe des Grundstückes an einen Anderen unterrichtet war, da die dem Letzteren hieraus erwachsenen Rechte als persönliche ohne Bedeutung sind gegenüber dem dinglichen Rechte, welches der Aufgelassene durch die Auflassung und Eintragung gewinnt.[9] Nur im Fall der Theilnahme an einem Betrug des Verkäufers würde er in Anspruch genommen werden können. Als eingetragener Eigenthümer ist ferner der Verkäufer und sind diejenigen, welche seine Rechte ausüben, z. B. eine Konkursmasse, immer noch berechtigt, die Eigenthumsklage gegen den besitzenden Käufer anzustellen. Seiner Klage kann auch nicht die Einrede entgegengestellt werden, daß Beklagter das Grundstück auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts vom Kläger oder dessen Rechtsvorfahr erhalten habe. Es ist mit anderen Worten die exceptio rei venditae et traditae dem Bucheigenthümer gegenüber ausgeschlossen. Seinen Anspruch auf Auflassung aus jenem Geschäfte hat der Besitzer also im Wege der Klage zu betreiben.[10] [11]

---

6) Nach L. R. I, 7 § 176. Dies ist um so sicherer, als das Landrecht die Klage des relativ Besserberechtigten nicht, wie die römische Publiciana, vom Nachweise eines Titels abhängig macht, unten § 249 bei Ziff. 2.

7) E. E. Gesetz § 6. — Gegen dessen nichteingetragenen Erben lassen die Ersitzung zu R. G. Bd. 27 S. 203, Eccius Bd. 3 § 177. Anm. 15. Dagegen Dernburg und Hinrichs Bd. 1 S. 241.

8) Vergl. noch unten § 245 Anm. 8.

9) E. E. Gesetz § 4. Vgl. oben § 185 bei Ziff. 1.

10) E. E. Gesetz § 7 Abs. 2.

11) Vindicirt die Konkursmasse des im Grundbuch als Bucheigenthümer verzeichneten Verkäufers, so ist zu unterscheiden: a) der Käufer hat den Kaufpreis vor der Konkurseröffnung bezahlt und also das Geschäft seinerseits erfüllt, der Verkäufer aber hat noch nicht aufgelassen, also trotz der Uebergabe seine wesentlichste Verpflichtung noch nicht erfüllt. Hier kann der Käufer die Erfüllung durch Auflassung nicht fordern, er kann nur als Konkursgläubiger einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen. R. K. O. § 21. Ist der Anspruch auf Auflassung jedoch als Vormerkung eingetragen, so ist auch die Gläubigerschaft zur Auflassung verpflichtet. — b) Der Kaufpreis ist noch nicht oder nicht vollständig bezahlt. Hier hat die Gläubigerschaft das Recht, aber nicht die Verpflichtung, an Stelle des Gemeinschuldners das Geschäft zu übernehmen. Uebernimmt sie das Geschäft, so muß dasselbe von beiden Seiten erfüllt werden. Vindicirt die Gläubigerschaft die vom Gemeinschuldner übergebene Sache, oder

Aber auch Widerklage ist zulässig.[12] Nur setzt dieselbe für die Regel voraus, daß der Verkäufer selbst oder sein Universalnachfolger der Vindikant ist; gegenüber den eingetragenen Sondernachfolgern des Verkäufers steht sie nach allgemeinen Grundsätzen nur zu im Fall der Sicherung des Anspruches auf Auflassung durch eine eingetragene Vormerkung oder im Fall der Theilnahme des Vindikanten an einem Betrug des Verkäufers.[13] Werden Klage und Widerklage, wie gewöhnlich, gleichzeitig entschieden, so überwiegt das Recht des Widerklägers.[14] Es steht ihm dann das rechtskräftige Urtheil zur Seite und schützt ihn im Besitz gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer. Ein solcher Dualismus wird sich thatsächlich nicht leicht längere Zeit erhalten, unmöglich wäre dies aber nicht, da der siegreiche Widerkläger nicht verpflichtet ist, die Auflassung zu betreiben, obschon ihm das Urtheil ein Recht auf dieselbe giebt.

2. Weniger schroff gestaltet sich das Verhältniß, wenn der Veräußerer selbst noch nicht eingetragen ist. Es sind hier folgende Fälle denkbar:

a) Das übergebene Grundstück ist zwar im Grundbuch verzeichnet, der verkaufende Eigenthümer selbst aber ist noch nicht eingetragen. Auch hier reicht zwar die Uebergabe nicht zur Eigenthumsübertragung aus, aber der Veräußerer, welchem der besondere Schutz der Eintragung nicht zur Seite steht,[15] unterliegt mit einer etwaigen Vindikation der exceptio rei venditae et traditae. Der Veräußerer kann sich indessen, da er Eigenthümer geblieben ist, noch eintragen lassen und hierdurch das Vorrecht der Eintragung erlangen, wonach jene exceptio nicht mehr gegen ihn Platz greift. Solange der Eigenthümer nicht eingetragen ist, läuft dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern auch die Ersitzung.[16]

---

weigert sie sich der Auflassung, übernimmt sie also das Geschäft nicht, so ist der Käufer auf die Liquidation seines Interesses als Konkursgläubiger beschränkt. R. K. O. § 15.

12) E. E. Ges. § 7 Abs. 2. Durch Versagung der exceptio rei venditae et traditae gedachte der Entwurf des E. E. Ges. dem Käufer jede dingliche Befugniß abzuschneiden, auch nachdem ihm übergeben war, selbst wenn er durch Zahlung des Preises vollständig erfüllt hatte. Dies sollte ihn nöthigen, sich nicht mit der Uebergabe zu begnügen, sondern die Auflassung nachzusuchen. In Folge eines Vermittlungsvorschlages im Abgeordnetenhause wurde aber die Widerklage ausdrücklich zugelassen, wodurch für viele Fälle die Härte des Entwurfs gemildert ist.

13) Vgl. oben § 185 Anm. 4.

14) Wird in Folge der Widerklage, und der Vereinigung der Klagen auf Grund von R. C. P. O. § 138 der Anspruch des Beklagten als begründet erachtet, so ist die Vindikation des Klägers abzuweisen. So Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 75. Denn die Einrede ist auf den Weg der Klage verwiesen, aber materiell nicht ausgeschlossen. Vgl. übrigens auch Rocholl Rechtsfälle Heft 2 S. 201. R. G. Bd. 15 S. 253.

15) Im § 7 Abs. 2 des E. E. Gesetzes wird, wie der vorstehende Abs. 1 ergiebt, die Einrede, daß Beklagter von dem Kläger oder dessen Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz erhalten habe, nur dem eingetragenen Eigenthümer gegenüber ausgeschlossen.

16) Vgl. E. E. Gesetz § 6, oben Anm. 7.

b) Für das Grundstück ist ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt. Hier überträgt die Uebergabe das Eigenthum.[17] Auf Fälle aber, in welchen das bereits angelegte Grundbuchblatt zufälligerweise zerstört ist, findet dies keine Anwendung.[18]

§ 244. Der Erwerb von Trennstücken.

1. Bis zum Anfange unseres Jahrhunderts bildeten die meisten und wichtigsten Grundstücke Einheiten, deren Grenzen nicht frei verrückbar waren. Denn ihre Erhaltung in dem geschichtlich gegebenen Bestande wurde durch die Landespolizeibehörde überwacht, ohne deren Genehmigung Abtrennungen und Zertheilungen der Regel nach unzulässig waren, während es zu jeder Veräußerung und Zertrennung von Bauergütern auch noch der Zustimmung des Grundherren bedurfte, welchem sie unterthan waren. Rechte und Pflichten des öffentlichen und des privaten Rechtes knüpften sich nämlich bis in die neueste Zeit hinein in so mannigfacher und wiederum so ungleicher Weise an die bestehenden Gutseinheiten — Rittergüter, Bauerngüter u. s. w. — daß eine willkürliche Veränderung ihres Bestandes eine Menge von Rechtsbeziehungen in Verwirrung zu bringen drohte. Auch war bei der früheren wenig intensiven Landwirthschaft, welche einen verhältnißmäßig bedeutenden Umfang der Güter forderte, Theilung und Abtrennung weniger häufig Bedürfniß als heutzutage.[1]

Theils der Gedanke, dem Einzelnen möglichst freie Verfügung über sein Privateigenthum zu geben und dasselbe der Bevormundung der Behörden zu entziehen, theils das durch die veränderte, intensivere Bewirthschaftung der Landgüter hervortretende Bedürfniß ihrer Theilung bestimmte die Gesetzgebung seit dem Edikt vom 9. Oktober 1807, alle öffentlichrechtlichen Beschränkungen der Theilbarkeit der Grundstücke aufzuheben. Nicht minder beseitigte dieses Edikt die Gutsunterthänigkeit und damit die in ihr wurzelnden Beschränkungen der Trennbarkeit, und es erhielt der bäuerliche Besitzer durch die allmähliche Verwandlung seines lassitischen Besitzes in Eigenthum die

17) Vgl. oben § 240 bei Anm. 4.

18) Nach dem Gesetz vom 25. Februar 1881 betr. die Wiederherstellung zerstörter Grundbücher in Kolberg, § 17, war in der Zwischenzeit die Auflassung Uebereignungsform, obgleich sich die Eintragung nicht unmittelbar anschließen konnte. Der Aufgelassene war hiernach als Eigenthümer anzusehen, auch ehe die Eintragung sich vollzog.

1) Die betreffenden Beschränkungen der Parzellirungsfreiheit beruhten größtentheils auf Provinzialrecht, waren auch für die einzelnen Arten der Güter verschieden. Vgl. für Preußen ostpreußisches Provinzialrecht Zus. 5, für Schlesien Edikt vom 11. März 1787 und Deklaration vom 14. August 1799, Rabe Bd. 5 S. 532. Für Lehen fordert L. R. I, 18 § 481 die Genehmigung des Landesherrn zur Naturaltheilung. Hinsichtlich der Bauergüter vgl. L. R. II, 7 § 16, ferner II, 7 §§ 247. 261. 262. — Ueber das Verfahren des Hypothekenrichters siehe Hyp. Ordn. von 1783 II, § 91.

freie Verfügung auch über diesen.[2] [3] Dagegen blieben diejenigen Beschränkungen der Gütertrennung, welche auf besonderen Privatrechten, insbesondere den Anrechten der Lehens- und Fideikommißanwärter beruhen, im Wesentlichen bestehen.

2. Der Erwerb des Eigenthums von Trennstücken vollzieht sich in derselben Weise wie der von Grundstücken in ihrem Gesammtbestand, sei es im Wege freiwilliger Veräußerung durch Auflassung, sei es in anderer Art, z. B. durch Enteignung oder Ersitzung.[4] Es ist jedoch hervorzuheben:

a) Die ältere Gesetzgebung hatte Vorkehrungen getroffen, um unsauberen bei Parcellirungen vorkommenden Geschäften zu begegnen. Sie hatte einmal unter Androhung der Nichtigkeit verlangt, daß Veräußerungsgeschäfte über Abtrennung ländlicher Grundstücke vor dem Richter der belegenen Sache abgeschlossen würden,[5] ferner bei Zerschlagung von ländlichen Grundstücken mittels öffentlicher Versteigerung Zuziehung jenes Richters und Vertheilung der öffentlichen Lasten zur Vermeidung von Geldstrafen gefordert,[6] um es gewissenlosen Spekulanten unmöglich zu machen, das Bild von den auf den ausgebotenen Trennstücken ruhenden Lasten zu verschleiern, und so die Bieter zu täuschen und zu übervortheilen.

Diese Beschränkungen sind durch die neuere Gesetzgebung, kurzsichtigerweise, beseitigt.

b) Um die Uebereinstimmung des Grundbuches mit den Steuerbüchern zu fördern und zu erhalten, und die Genauigkeit der Feststellung des Objektes auf dem Titel des Grundbuchblattes möglichst zu sichern, verlangt das Gesetz bei der Auflassung über ein Trennstück Vorlegung einer vom

---

2) Vgl. oben § 207. § 208. — Art. 42 der Verf. vom 31. Januar 1850, welcher unter Anderem „die Theilbarkeit des Grundeigenthumes" gewährleistete, wurde durch Gesetz vom 14. April 1856 ersetzt.

3) Die neuere Gesetzgebung ist demnach auf die Grundsätze des römischen Rechtes zurückgekommen, welches dem Grundeigenthümer Abtrennungen von Theilen seines Grundstückes schlechthin gestattete. Vgl. auch Columella de re rustica IV, cap. 3. Daher denn auch in Rom die Grundsteuer bei Parcellirungen getheilt wurde. l. 5 Cod. Theod. sine censu vel reliquis. 11, 3. Uebrigens betrachtete der römische Verkehr die altabgegrenzten Grundstücke „fundi" als Einheiten, trotz ihrer Zerschlagung im Laufe der Zeit, weshalb die Römer von partes „pro diviso" reden. l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16.

4) Ist also der Erwerb von Trennstücken keineswegs immer mittelbarer, so erschien es doch zweckmäßig, das auf denselben Bezügliche im Anschluß an den mittelbaren Erwerb darzustellen.

5) Zuerst bestimmt durch Gesetz vom 3. Januar 1845, dessen hierauf bezügliche Bestimmungen, nach kurzer Beseitigung, durch Gesetz vom 24. Mai 1853 hergestellt wurden, um aufs neue durch das Gesetz vom 5. Mai 1872 aufgehoben zu werden.

6) Dies verordnete das Gesetz vom 24. Mai 1853 §§ 6—9. Die bezüglichen Bestimmungen, welche das Gesetz vom 5. Mai 1872 noch erhalten hatte, hob auf Gesetz vom 25. August 1876 § 24.

einer vom Fortschreibungsbeamten beglaubigten Karte, welche Form, Grenzen und Größe des Trennstückes ersehen läßt, und eines beglaubigten Auszuges aus dem Steuerbuche, aus welchem sich die in diesem gebrauchte Bezeichnung ergiebt.[7] Das Gleiche ist bei jeder anderen Anmeldung einer Abtrennung zur Eintragung zu fordern.[8]

c) Zur Erleichterung der Parcellirungen hat die Gesetzgebung die Vertheilung der auf dem unzertrennten Grundstücke haftenden öffentlichen Lasten auf die einzelnen Trennstücke vorgeschrieben. Zu solchen Lasten zählen die Grundsteuer und andere öffentliche Abgaben an den Staat, ferner Leistungen an Gemeinden, an Deichverbände und ähnliche öffentliche Verbände. Auch die Abgaben und Leistungen zur Erbauung von Kirchen, Pfarr- und Schulgebäuden gehören hierher. Endlich sind die den Rentenbanken, wie die dem Domainenfiskus behufs Ablösung von Reallasten geschuldeten Renten vertheilbar. Die Vertheilung folgt jetzt meistens der Uebereignung des Trennstückes, insbesondere der Auflassung und Eintragung des Eigenthums. Bis zur vorläufigen oder endgültigen Vertheilung der Lasten besteht solidarische Verhaftung.[9] Die Vertheilung auf die Trennstücke geschieht in der Regel nach Maßgabe des Flächeninhalts; weicht dieser Maßstab aber von dem Verhältniß des Ertragswerthes der Trennstücke erheblich ab, so hat sie nach Verhältniß des Reinertrages der einzelnen Trennstücke zu geschehen.[10]

d) Privatrechtliche Reallasten, deren Ablösung den Verpflichteten offen steht, belasten die Trennstücke dauernd solidarisch;[11] ebenso andere dingliche Rechte am Grundstück, insbesondere Hypotheken und Grundschulden.

---

7) G. B. O. § 58, oben § 194 bei D.

8) Also bei Anmeldung eines ohne Auflassung vollzogenen Eigenthumsüberganges zur Eintragung; oder wenn der Grundeigenthümer ohne Veräußerung sein Grundstück theilt und für die Theilgrundstücke besondere Grundbuchblätter anlegen läßt.

9) Das Edikt über die Landeskultur vom 14. September 1811 § 3 gab zunächst Bestimmungen über Vertheilung der Grundsteuer. Das Gesetz vom 3. Januar 1845 ordnete dann die von Amtswegen eintretende Vertheilung der öffentlichen Lasten, insbesondere auch der kommunalen und genossenschaftlichen, durch Landrath und Magistrat unter Bestätigung der Bezirksregierungen an. Seit dem Gesetz vom 8. Februar 1867 § 35 wird die Vertheilung der Grundsteuer durch den Fortschreibungsbeamten unter Bestätigung der vorgesetzten Behörde vorgenommen; über die Vertheilung anderer Lasten bestimmt das Gesetz vom 25. August 1876. Die Vertheilung der Ablösungsrenten geschieht durch den Katasterkontroleur vorbehaltlich der Bestätigung durch die Rentenbankdirektion, und bei Domainenrenten durch die Domainenbehörde; die Abgaben an kommunale Verbände werden durch deren Behörden vorbehaltlich der Klage im Verwaltungsstreitverfahren vertheilt. In Streitfällen ist ein Interimistikum festzusetzen. Vgl. noch Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 Titel XXI.

10) Gesetz vom 8. Februar 1867 § 35. Gesetz vom 25. August 1876 § 3, oben § 194 Anm. 9.

11) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 93. Anders also wie bei Anm. 9.

Es ist somit Sache der Erwerber der Trennstücke, mit den Realberechtigten ein Abkommen zu treffen, wonach ihre Grundstücke der solidarischen Haftung entledigt werden.[12]

Die lastenfreie Uebertragung eines Trennstückes ist jedoch ohne Einwilligung der Realberechtigten dann möglich, wenn deren Unschädlichkeit Seitens der zuständigen Behörden festgestellt wird, und das für dasselbe gegebene oder versprochene gleichwerthige Ersatzstück in dessen Belastungen eintritt.[13]

V. Die Geltendmachung des Eigenthumsrechtes nach Außen.

§ 245. Das Recht des Grundeigenthümers auf Eintragung im Grundbuch.

1. Der Grundeigenthümer hat ein Anrecht darauf, daß sein Eigenthum am Grundstück buchmäßige Oeffentlichkeit erhalte.

Er darf daher seine Eintragung im Grundbuch betreiben, wenn sie nicht statt hat. Dies insbesondere auch dann, wenn seine frühere Eintragung durch ungehörige spätere Eintragung eines Dritten oder durch zufälligen Verlust des Grundstücksblattes ihre Kraft verloren hat.[1]

Die allgemeine Regel, wonach Eintragungen entweder Bewilligung des Eingetragenen, zu dessen Ungunsten sie gereichen, oder dessen rechtskräftige Verurtheilung zum Dulden der Eintragung oder wenigstens

---

12) Nach der Hypothekenordnung von 1783 II, § 91 mußte der Hypothekenrichter versuchen, wegen solcher Realberechtigungen und Hypotheken ein Regulativ, d. h. ein Abkommen über die Vertheilung zu Stande zu bringen. Zu diesem Zwecke lud er die Realberechtigten und Hypothekengläubiger vor, freilich ohne ihnen für den Fall des Ausbleibens einen Rechtsnachtheil anzudrohen, da man vielmehr für diesen Fall annahm, daß sie solidarische Verhaftung der Trennstücke verlangten. Nach der G. B. O. liegt dem Richter der Versuch eines solchen „Regulativs" nicht mehr ob.

13) Gesetz vom 3. März 1850, betreffend den erleichterten Verkauf kleiner Grundstücke, und Gesetz vom 27. Juni 1860, betreffend die Abänderung des Gesetzes vom 13. April 1841 über den erleichterten Austausch einzelner Parcellen von Grundstücken, Gesetz über Rentengüter vom 27. Juni 1890 § 1 Abs. 5. Vgl. auch G. B. O. § 71. Die Ertheilung der s. g. Unschädlichkeitsatteste geschieht in der Regel durch die Generalkommissionen — vgl. oben § 213 — bei Gütern, welche in einem landschaftlichen Kreditverbande stehen und mit Pfandbriefen belastet sind, durch die Kreditdirektionen. Der Ersatz kann ein anderes Grundstück, oder Geld, oder Rente sein. Hinsichtlich der Verwendung der Kaufgelder in das Hauptgut kommen die bei Ablösungen geltenden Vorschriften zur Anwendung. Vgl. auch oben § 187 bei Ziff. 2 und 3, und § 214 bei Anm. 15.

1) Der Eigenthümer ist Seitens des Grundbuchrichters im Wege des Zwangsverfahrens zum Antrage auf Eintragung seines Eigenthums anzuhalten: 1. wenn eine zuständige Behörde dieselbe erfordert, 2. wenn ein dinglich oder zu einer Eintragung Berechtigter beantragt. G. B. O. §§ 55. 56. Ein Miteigenthümer ist nach Entsch. des Kam. G. Bd. 6 S. 93 zu solchem Antrag nicht befugt. Insbesondere ist nach Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 6 Abs. 4 jeder Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung berechtigt, an Stelle des Schuldners, welcher — sei es nach dem Rechte vor dem 1. Oktober 1872, sei es nach § 5 E. E. Gesetz — nicht eingetragener Eigenthü-

Ersuchen einer zuständigen Behörde fordern, leidet bei Eintragungen auf das Eigenthumsblatt nicht unerhebliche Ausnahmen.[2] Dies einmal in Erbfällen. Zur Eintragung der gesetzlichen Erben genügt regelmäßig die Erbbescheinigung des Erbschaftsgerichts, für die testamentarischen und Vertragserben die Verfügung von Todes wegen oder ein Auszug aus derselben mit dem Vermerk des Nachlaßrichters, daß in ihr weitere auf den Eigenthumserwerb bezügliche Bestimmungen nicht enthalten seien; dagegen ist bei Vermächtnissen Bewilligung der Erben, oder deren Verurtheilung zur Eintragung erforderlich.[3] Außerdem kann das Miteigenthum des Ehegatten bei ehelicher Gütergemeinschaft, und das der Kinder bei fortgesetzter Gütergemeinschaft auf Antrag des nicht eingetragenen Miteigenthümers, ohne Bewilligung des Ehegatten, gegen welchen die Eintragung genommen wird, und ohne Erkenntniß des Prozeßrichters eingetragen werden, wenn dem Grundbuchrichter das Bestehen der Gemeinschaft nachgewiesen wird.[4]

Der Eigenthümer kann seinen Anspruch auf Eintragung durch Feststellungsklage gegen denjenigen geltend machen, welcher ohne Recht als Eigenthümer im Grundbuche steht. Gegen den Grundbuchrichter kann er nicht auf Vornahme der Eintragung klagen, auch wenn sein Anspruch auf dieselbe liquid sein sollte, da die Eintragung öffentlichrechtliche Pflicht ist, deren Erfüllung im Wege des Civilprozesses gegen den Richter nicht erzwungen werden kann. Dagegen kann der Eigenthümer — nach G. B. O. § 29 — den Grundbuchrichter, in letzter Linie den Staat auf Schadensersatz belangen, wenn ihm durch die ohne Grund unterlassene Eintragung ein Schaden erwuchs, dessen Ersatz er von anderer Seite nicht erlangen kann.

2. Erst die Eintragung befähigt den Eigenthümer zu Auflassungen und zur Bewilligung dinglicher Belastungen beim Grundbuche.[5]

3. Mit der Unwissenheit einer in das Grundbuch eingetragenen Verfügung kann sich Niemand entschuldigen, sagt das Landrecht.[6]

---

mer ist, dessen Eintragung als Eigenthümer zu beantragen und die zum Zweck derselben erforderlichen Urkunden von Gerichten und Notaren zu fordern. Vgl. oben § 199 Anm. 6. Dagegen kann der Käufer, welchem nach dem 1. Oktober 1872 das Kaufgrundstück übergeben wurde, nicht mehr vom Grundbuchrichter zur Eintragung angehalten werden, weil er eben, ehe die Auflassung an ihn erfolgt, nicht Eigenthümer, also auch nicht als solcher eintragungsfähig ist. Seine Gläubiger müssen vielmehr den oben § 221 Anm. 8 angegebenen Weg einschlagen, wenn sie die Auflassung und Eintragung ihres Schuldners herbeiführen wollen.

2) Vgl. oben § 197 bei Anm. 10.

3) G. B. O. §§ 51. 53. Ueber das s. g. heres ex re certa unten Bd. 3 § 131.

4) Vgl. G. B. O. § 50.

5) E. E. Gesetz § 5.

6) L. R. I, 4 § 19. Auf obligatorische Geschäfte bezieht sich das nicht, vgl. oben § 202 Anm. 14.

Daher findet gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer Erwerb durch Ersitzung nicht statt, und es steht gegen dessen Eigenthumsklage die Einrede der Verjährung nicht offen.[7 8] Immerhin können diese Sätze nur soweit Geltung haben, als der Besitz des Dritten zweifellos mit dem für ihn erkennbaren Sinn der Eintragung im Gegensatz steht.

§ 246. Die Vindikation.

Die Klage des Eigenthümers hat einen verschiedenen Charakter, je nachdem Beklagter dem Eigenthumsrecht als solchem oder bloß einzelnen Bethätigungen desselben entgegentritt. Im ersteren Falle gestaltet sie sich zur Vindikation, im zweiten zur Negatorienklage. Bei der Vindikation dreht sich der Streit um die Frage des Bestehens des Eigenthums, bei der Negatorienklage hauptsächlich um dessen Inhalt.

Was zunächst die Vindikation[1 2] anlangt, so ist

1. klageberechtigt der Eigenthümer.[3 4] Auch Miteigenthümer können gegen die Miteigenthümer, wie gegen Dritte, vindiciren. Abtretung der

---

7) G. E. Gesetz §§ 6. 7 und oben § 243 Anm. 7. Denselben Grundsatz sprach bereits das L. R. I, 9 § 511 in den Worten aus: „Rechte auf unbewegliche Sachen, die in das Hypothekenbuch eingetragen sind, können weder durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen, noch kann ein denselben entgegenstehendes Recht mittels der Verjährung durch Besitz erworben werden." Allerdings bezieht dies das Obertribunal Entsch. Bd. 34 S. 128 und R. G. Bd. 27 S. 201 nicht auf Eigenthum, sondern nur auf dingliche Rechte an fremder Sache. Das entspricht aber der Meinung des Paragraphen nicht, welcher zwischen beiden Klassen von Rechten zu unterscheiden keine Veranlassung hatte.

8) Begonnene Ersitzung konnte sich nach dem 1. Oktober 1872 gegen den eingetragenen Eigenthümer nicht vollenden. Vgl. R. G. Bd. 15 S. 260, Eccius Bd. 3 § 177 Anm. 15.

1) Ueber das Verhältniß der rei vindicatio zu anderen Klagen oben § 145 Anm. 7.

2) Das römische Recht erkannte, charakteristisch genug für dessen grundlegende Ansichten, ein forum rei sitae erst spät und niemals als ausschließliches an. Denn in Rom entschied das Persönliche, nicht das Sachliche. Nach älterer deutscher Rechtsanschauung war der Gerichtsstand der belegenen Sache ein ausschließlicher, vgl. Stobbe Grundsätze der deutschen Rechtsquellen über den Gerichtsstand bei Bekker Jahrb. Bd. 1 S. 434 ff. Das gemeine Recht hatte die Ausschließlichkeit aufgegeben, während sie sich partikularrechtlich erhielt; dies nach richtiger Ansicht auch in Preußen. So corp. jur. Frideric. Th. IV, Tit. 2 § 14 und, wenn auch weniger unzweideutig, A. G. O. I, 2 § 111, vgl. I, 19 § 17. Die R. C. P. O. § 25 erklärt ausdrücklich für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen bezüglich unbeweglicher Sachen ausschließlich das Gericht für zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

3) Die Bestimmung von L. R. I, 15 § 1, wonach der Eigenthümer die Klage haben soll, wenn seine Sache „seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird," hebt den gewöhnlichen Fall hervor, ohne zu erschöpfen. Man stützt aber auf diese Worte wohl die Zuständigkeit der exceptio rei venditae et traditae gegen die Vindikation des Eigenthümers, welcher die Sache ohne die gehörige

Eigenthumsklage ist zulässig. — Hauskinder können die zu ihrem nichtfreien, Ehefrauen die zu ihrem eingebrachten Vermögen gehörigen, ohne Recht von ihrem Vater oder Ehemann veräußerten Grundstücke und Gerechtigkeiten schon während der Dauer der Hausgewalt oder der Ehe ohne Mitwirkung des Vaters oder Ehemannes vindiciren.[5]

2. Beklagter ist, wer zur Zeit der Klagezustellung die Sache im Besitze, oder für sich oder für Andere in Gewahrsam hat, z. B. der Konkursverwalter hinsichtlich der in der Masse befindlichen, dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sachen. Die Vindikation ist aber im neueren Rechte nicht bloß, wie im römischen, gegen Besitzer zulässig, sondern auch gegen solche Nichtbesitzer, welche dem Eigenthumsrecht des Klägers schlechthin entgegentreten,[6] insbesondere gegen den im Grundbuch unrichtigerweise als Eigenthümer Eingetragenen.

Der mit der dinglichen Klage Belangte hat, wenn er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, nach dem Vorbild des römischen und des kanonischen Rechtes die Befugniß zur Benennung jenes Dritten an den Kläger, zur s. g. nominatio auctoris. Die bezügliche Einrede ist den prozeßhindernden analog.[7] Denn der Beklagte, welcher seinem Autor vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, darf die Einlassung zur Sache verweigern, bis jene Erklärung abgegeben oder der Termin, in welchem dieselbe zu erfolgen hatte, abgelaufen ist. Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht bis zum Schluß des ihm gesetzten Termines, so geht die Klage gegen den Beklagten ihren Gang, sofern er nicht, wozu er dem Benannten gegenüber befugt ist, dem Klagantrage genügt.[8] Das gegenüber dem Beklagten gefällte Urtheil macht keine Rechtskraft gegen denjenigen Benannten, welcher sich des Prozesses

---

Form veräußerte, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 123. Anderer Ansicht ist Ziebarth, die Realexekution S. 300 ff., dagegen Koch zu L. R. I, 15 § 1.

4) Nach E. E. Gesetz § 7 vgl. oben § 203 bei Anm. 3 und § 241 Anm. 2.

5) L. R. I, 15 §§ 6, 7.

6) Einen weiteren Fall der Eigenthumsklage gegen einen Nichtbesitzer begründet die Hauptintervention. Wer nämlich eine Sache, über welche ein Rechtsstreit zwischen anderen Personen anhängig ist, für sich in Anspruch nimmt, kann diesen Anspruch nach R. C. P. O. § 61 durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage geltend machen; vgl. Mandry Reichsgesetze S. 365 — Es kann ferner derjenige, auf dessen Grundstück sich fremde Sachen befinden, mit der Vindikation beklagt werden, wenn er dieselben auch nicht in Besitz nahm, jedoch die Abholung verhindert.

7) R. C. P. O. § 73, vgl. l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19. A. G. O. I, 17 § 34 ff. Kannengießer, die prozeßhindernde Einrede, ein Beitrag zur Lehre von der nominatio auctoris 1878.

8) Vgl. R. C. P. O. §§ 247. 248.

enthält; demselben steht daher seinerseits die Vindikation immer noch offen, so daß sich nur die Parteirolle ändert.[9] Erkennt der Benannte die Benennung als begründet an, so ist derselbe berechtigt, unter Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen; dann ist zwar der Beklagte auf Antrag von der Klage zu entbinden.[10] Doch ist das Urtheil gegen den Benannten in Ansehung der Sache auch gegen ihn vollstreckbar, so daß er zwar nicht Prozeßpartei, aber doch Prozeßinteressent bleibt.[11]

Macht der Kläger Ansprüche gegen den Benennenden geltend, welche unabhängig davon sind, daß derselbe in fremdem Namen besitzt, so bedarf dessen Ausscheiden aus dem Prozesse der Zustimmung des Klägers.[12]

3. In Rom verlangte man zur Vindikation genaue Beschreibung des Klagegegenstandes in der Klage z. B. Angabe der Anzahl, des Schnittes, und der Farbe eingeforderter Kleider, ferner des Gewichtes einer vindicirten Masse.[13]

Daß diese römischen Vorschriften nicht, wie manche lehren,[14] heutiges Recht sind, liegt auf der Hand. Im heutigen Prozesse genügen Angaben, nach denen sich ermitteln läßt, um was es sich handelt.

Insbesondere kann daher auch ein Inbegriff z. B. eine Heerde, eine Bibliothek vindicirt werden. Ist streitig, was zu dem Inbegriff gehört, dessen

---

9) Die R. C. P. O. § 73 bezeichnet als einzige Folge der Nichterklärung des Benannten, „daß der Beklagte berechtigt sei, dem Klagantrag zu genügen," d. h. die ausgeklagte Sache herauszugeben. Es läßt sich aus jenen Worten nicht mit Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 95 entnehmen, daß der Benannte auch nicht mehr in einem besonderen Prozesse sein Recht auf die Sache geltend machen kann. So war es zwar nach A. G. O. I, 17 § 39. Es ist aber nicht richtig, daß dies sich als materiellrechtliche Bestimmung neben der R. C. P. O. erhalten habe, wie Rehbein und Reinecke zu L. R. I, 15 § 11 Anm. 14 ausführen. Denn die R. C. P. O. bestimmt selbst die Folge der Nichterklärung des Benannten und zwar in anderer Weise als das preußische Recht that. Sie schließt sich hierbei an das römische und gemeine Recht an; dasselbe ist auch folgerichtig. Der Vindikant hat nicht seinerseits gegen den Benannten geklagt, die Benennung geschieht nicht zu seinen Gunsten, er muß sie nur dulden. Daher hat das Erkenntniß auch nicht Rechtskraft zu seinen Gunsten gegen den Benannten. Aus der Litigiosität der Sache kann man mit Eccius a. a. O. folgern, daß das Erkenntniß gegen den Autor vollstreckbar ist, wenn er die Sache im Laufe des Prozesses von dem Beklagten erhält. Aber dies ist, sofern er an jenem Prozesse nicht Theil nahm, nur unvorgreiflich des Klagrechtes des Benannten der Fall.

10) Gleiches ist anzunehmen, wenn der Autor sich auf den Prozeß einläßt, ohne daß es zur Streitverkündigung kam. R. G. Bd. 22 S. 393.

11) Die Entbindung von der Klage bindet den Beklagten an die Prozeßführung des Benannten, Schwalbach Archiv f. c. Pr. Bd. 63 S. 428. Vgl. übrigens auch R. C. P. O. § 61, oben Anm. 6.

12) R. C. P. O. § 73 Abs. 2.

13) l. 6 D. de r. v. 6, 1. Es war daher zuvörderst eine a. ad exhibendum anzustellen, um sich aber die Beschaffenheit der Sache zu vergewissern.

14) So Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 41.

Herausgabe zugesprochen wurde, so muß hierüber nachträglich verhandelt werden.[15] [16]

4. Zweck der Klage ist vor Allem Anerkennung des Eigenthums des Klägers durch den Richter.

Gewöhnlich schließt sich die Verurtheilung des Beklagten an, die in seinem Besitz stehenden eingeklagten Sachen dem Kläger zu übergeben. An sich hat dies dort zu geschehen, wo sie sich befinden. Hat aber der Beklagte bewegliche Sachen schuldhafterweise zum Nachtheil des Klägers von ihrem früheren Orte weggebracht, so sind sie ihm nach seiner Wahl dort oder an seinem Wohnsitze auszuliefern, und zwar auf Kosten des Beklagten.[17]

Was die Früchte anlangt, so hat der unredliche Besitzer diejenigen zu ersetzen, die er gewonnen hat, und welche der Kläger hätte ziehen können;[18] der redliche ist von jeder Verpflichtung für die vor der Klageerhebung gewonnenen Früchte frei, sollten sie auch bei ihm zu dieser Zeit noch vorhanden sein.[19] Nachher erwachsene Nutzungen hat er dem Kläger herauszugeben. Bei nutzbaren Grundstücken wird der Jahresertrag, und zwar vom 1. Juli an gerechnet, nach dem Zeitverhältniß des redlichen und des für unredlich erachteten Besitzes zwischen Kläger und Beklagtem getheilt.[20] [21]

5. Kläger hat den Eigenthumserwerb oder wenigstens seine Eintragung als Eigenthümer im Grundbuch, sowie die Passivlegitimation des Beklagten zu beweisen.

Stützt sich Kläger auf einen mittelbaren Erwerbsgrund, so liegt ihm der Beweis des Veräußerungsrechtes seines Rechtsvorfahrs ob,[22] falls dieser

---

15) Das römische Recht erkannte eine solche Klage an bei der Heerde l. 1 § 3. l. 2. l. 3 pr. D. de R. V. 6, 1, nicht bei anderen Sachgesammtheiten. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 226.

16) Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1147.

17) Vgl. l. 10. l. 11. l. 12 D. de R. V. 6, 1. L. R. I, 20 § 243. Ist die eingeklagte Sache mit einer anderen fremden verbunden, so ist mit Anerkennung des Eigenthums zugleich auf Trennung zu erkennen; eine vorgängige a. ad exhibendum besteht nicht mehr wie in Rom, vgl. oben § 235 Anm. 9, Der unredliche, nicht aber der redliche Besitzer hat die Kosten der Trennung zu tragen. L. R. I, 7 §§ 220, 243.

18) L. R. I, 7 § 229. Vgl. oben § 131 Anm. 6.

19) L. R. I, 7 § 195 ff.

20) L. R. I, 7 § 201 ff. Siehe unten § 284 Anm. 12. Die Lasten der Fruchtgewinnung werden gleichfalls gemeinschaftlich. Der Eigenthümer kann sich von diesen Lasten jedoch frei machen, wenn er dem Besitzer die Nutzungen des letzten Jahres überläßt, L. R. I, 7 § 202.

21) Der Satz der l. 80 D. R. V. 6, 1 — daß der Besitzer, welcher den Besitz fälschlich ableugnet, denselben zu Gunsten des Klägers verliert, ist nicht aufgenommen. Namentlich spricht A. G. O. I, 23 §§ 51. 52 nicht für denselben.

22) Wo die Klage aus besserem Rechte zum Besitze — unten § 249 — zum Ziele führt, was die Regel bildet, bedarf es des Nachweises des Eigenthums des Rechtsvorfahrs nicht. Daher wird der Kläger häufig siegen, wenn auch nicht die Voraussetzungen der eigentlichen Vindikation, sondern nur die minderen Erfordernisse

Nachweis nicht durch einen den redlichen Erwerb sichernden Rechtssatz oder durch ein nach vorgängigem Aufgebot ergangenes Ausschlußerkenntniß überflüssig wurde.[23]

§ 247. Geldklagen anstatt und neben der Vindikation.

Unter Umständen treten Geldansprüche an Stelle der Herausgabe der Sache oder verbinden sich mit der Pflicht zur Erstattung der Sache.

1. Ersteres geschieht namentlich, wenn die Vindikation gegen den ehemaligen Besitzer unzulässig wurde, weil dieser vor der Klageerhebung den Besitz verlor. Und zwar hat

a) eine Schadensersatzklage der Eigenthümer, dessen Sache von einem unredlichen Besitzer vor Erhebung der Vindikation veräußert wurde. Nach römischem Recht konnte, wer den Besitz einer fremden Sache unredlicher Weise vor der Litiskontestation aufgab, im Wege der Vindikation verklagt werden, und wurde so zu Geld verurtheilt, als wenn er noch besäße, so daß er den Eigenthümer nicht auf den wirklichen Besitzer verweisen konnte. Nach Landrecht hingegen ist die Klage eine persönliche, der ehemalige Besitzer kann also nicht zur Beschaffung der Sache, sondern nur auf Geld verklagt und verurtheilt werden. Er wird gegen Leistung der Urtheilssumme Verzicht des Entschädigten auf die Vindikation fordern dürfen.[1] Eine entsprechende Schadensersatzklage ist dem Eigenthümer gegenüber demjenigen zuzugestehen, welcher, wissend, daß er unrechtmäßigerweise als Eigenthümer eines Grundstückes im Grundbuche eingetragen ist, dasselbe einem Dritten aufgelassen und dem Aufgelassenen in Folge des Glaubens des Buches dessen Eigenthum verschafft hat.

Natürlich ist ersatzpflichtig auch der unredliche Besitzer, welcher eine fremde Sache verbrauchte oder zerstörte.

b) Die Bereicherung, welche dem redlichen Besitzer einer fremden Sache, in Folge ihrer Weiterveräußerung erwuchs, ist dem Eigenthümer zu

---

der Klage aus dem besseren Recht vorhanden sind. — Einige gemeinrechtliche Schriftsteller behaupten, daß Kläger auch bei der Eigenthumsklage nur den Erwerbsakt, Beklagter aber das Nichtrecht des Rechtsvorgängers des Klägers darzuthun habe. Vgl. aber Dernburg Pand. Bd. 1 § 226 Anm. 7.

23) Ueber den Anspruch auf Rechnungslegung durch den Beklagten vgl. unten Bd. 2 § 312 Anm. 19.

1) L. R. I, 15 § 15. R. G. Bd. 11 S. 298. Aus L. R. I, 15 § 13 und 14 könnte man schließen, daß der Kläger zunächst die Vindikation gegen den Dritten versuchen müsse, wie dies unsere erste und zweite Auflage annahmen. Da sich dies jedoch aus inneren Gründen nicht rechtfertigen läßt, zu einem praktisch bedenklichen Ergebniß führt und aus jenen Vorschriften nicht nothwendig hervorgeht, so treten wir der entgegengesetzten Ansicht von Striethorst Archiv Bd. 82 S. 181 bei. So auch R. G. Bd. 11 S. 299, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 449, Bd. 37 S. 123.

erstatten, falls er nicht auf andere Weise, namentlich auch nicht durch eine Vindikation gegen den jetzigen Besitzer, seinen Schaden abwenden kann.[2]

2. Wer sich zum Schaden des Klägers betrüglich für den Besitzer der Sache ausgab, haftet demselben für das ganze Interesse.[3]

3. Die Vindikation geht nach ihrer Erhebung in einen Schadensanspruch über, wenn die Herausgabe des Klaggegenstandes dem Beklagten nachher durch Schuld oder solchen Zufall, für welchen er in Folge seiner Unredlichkeit einsteht, unmöglich wird; ebenso kann Kläger Schadensersatz wählen, wenn ihm die Sache bei der Zwangsvollstreckung vorenthalten wird.[4] Bereits in der Klage kann man den eventuellen Antrag auf Schadensersatz mit der Vindikation verbinden.[5] Ob Kläger seinen Schaden einseitig durch Eid feststellen darf, hängt vom Ermessen des Richters ab.[6]

4. Endlich kann Schadensersatz wegen bloßer Verschlechterung der Sache neben deren Herausgabe gefordert werden.

Durchweg sind hierbei zu unterscheiden unredliche, unrechtfertige und redliche Besitzer.

Unredliche Besitzer haben selbst zufälligen Schaden zu vergüten — mag er sich vor oder nach der Klagerhebung ereignet haben — sofern nicht der Nachweis gelingt, daß der Unfall die Sache auch beim Kläger getroffen

---

2) L. R. I, 15 § 28 ff. Vgl. l. 23 D. de r. c. 12, 1. Bereicherung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Zwischenbesitzer die Sache unentgeltlich — z. B. durch Schenkung, Vermächtniß — oder ohne Titel erhielt und gegen ein Entgelt weiter begab. Wir nehmen eine solche aber auch an, wenn derselbe durch den Mehrbetrag des von ihm erlösten gegen den von ihm ausgelegten Preis nach Abzug seiner Verwendungen gewann, obgleich dieser Gewinn nicht nothwendig im Steigen des Sachwerthes seinen Grund hat, sondern durch die geschäftliche Gewandtheit des Besitzers erlangt sein kann. Ueber gemeinrechtliche Ansichten siehe die bei Dernburg Pand. Bd. 1 § 225 Anm. 25 Citirten und R. G. Bd. 25 S. 130. Innerlich verwandt sind die § 235 Anm. 8 besprochenen Fälle.

3) L. R. I, 15 §§ 12—14. Vgl. A. G. O. I, 24 §§ 10. 11. l. 25. l. 27 D. de R. V. 6, 1. Ueber die Frage der Nothwendigkeit vorhergehenden Versuches der Vindikation vom Besitzer siehe Anm. 1.

4) L. R. I, 15 § 16 bestimmt: wer die in Anspruch genommene Sache nach eingehändigter Vorladung weiter veräußert, wird insofern einem unredlichen Besitzer gleich geachtet. In diesem Falle haftet der Beklagte also zweifellos nicht bloß subsidiär, wenn die Sache nicht zu erlangen ist, sondern sofort auf das volle Interesse. — A. G. O. I, 24 § 56.

5) A. G. O. I, 22 § 19. Vgl. oben § 125 Anm. 7.

6) Es ist anzunehmen, daß der Beklagte, welcher Schadensersatz statt der noch vorhandenen Sache geleistet hat, hierdurch deren Eigenthümer, wie durch Verkauf, wird, nach l. 46. l. 47 D. de R. V. Ueber den Schätzungseid — juramentum in litem — nach der R. C. P. O. vgl. unten Bd. 2 § 75 unter II.

7) L. R. I, 7 § 241. Wer durch strafbare Handlung in den Besitz kam, haftet, ohne daß ihm die Einrede offen steht, L. R. I, 7 § 242. Gemeinrechtlich ist dies bestritten, vgl. l. 47 pr. D. de furtis 47, 2. l. 2 C. de cond. furt. 4, 8.

hätte,[7] unrechtfertige Besitzer haften vor und nach der Klagerhebung für mäßiges Versehen,[8] redliche vor der Klagerhebung für grobes, nach derselben für mäßiges Versehen.[9]

§ 248. Gegenansprüche.

An die Pflicht des Beklagten zur Herausgabe der vindicirten Sache knüpfen sich Gegenansprüche.

Solche Gegenansprüche sind nach Landrecht zahlreicher als in Rom. Ferner konnten dieselben nach römischem Rechte nur durch Zurückhaltung der eingeklagten Sache geltend gemacht werden;[1] nach Landrecht aber besteht ihretwegen außer Zurückhaltungsrecht ein Recht zur Klage, welche auch nach Herausgabe der Sache durchführbar ist. Ja, der unredliche Besitzer hat nicht einmal ein Zurückhaltungsrecht und ist auf das Klagrecht beschränkt.[2]

1. Der Besitzer hat vor Allem Gegenansprüche wegen Verwendungen auf die eingeklagte Sache.[3] [4] Diese Ansprüche gründen sich auf die Bereicherung des Klägers durch die Auslagen des Besitzers. Einerseits kommen daher nur Baarauslagen und der Werth der Naturalleistungen, welche nicht aus der Sache selbst genommen werden konnten, in Anrechnung.[5] Andererseits ist erforderlich — wenn nicht Zustimmung des Eigenthümers oder nützliche unbeauftragte Geschäftsführung bestand —, daß die Verwendung zur Zeit der Herausgabe der Sache noch besteht, oder doch nachwirkt und so dem Kläger zu Gute kommt.[6] Auch ist der Eigenthümer zu keinem

---

8) L. R. I, 7 § 240.

9) L. R. I, 7 § 219. Vgl. oben § 131 Anm. 1. Das römische Recht verwirft die Haftung des redlichen Besitzers vor dem Prozesse, da er rem quasi suam neglexit l. 31 § 3 D. de her pet. 5, 3. Gans Beiträge S. 27. Suarez meinte, „liederliche und unordentliche Wirthschaft verdiene keine Schonung.“ Die Anrechnung solcher Verschlechterungen ist dann nicht unangemessen, wenn der Besitzer Ersatz von Verbesserungen und des ausgelegten Kaufpreises fordert.

1) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 227 bei Ziff. 1 und 2. Anders manche Aeltere, siehe die bei Glück Bd. 8 S. 309 Angeführten.

2) L. R. I, 20 § 538. Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten.

3) L. R. I, 7 § 204 ff. Verwendungen müssen nicht nothwendig körperliche Veränderungen der Sache bewirken, auch eine Vermessung, Pläne, Kostenanschläge können hierher gehören, Leist Studien Bd. 2 S. 25 ff. Verwendungen behufs Fruchtgewinnung fallen stets dem zur Last, welcher die Fruchtnutzung in Anspruch nimmt. l. 46 D. de usuris 22, 1.

4) Im Konkurse des Eigenthümers besteht zu Gunsten des Rückhaltungsberechtigten wegen der Verwendungen ein Absonderungsrecht bezüglich der zurückbehaltenen Sache. R. K. O. § 41 Ziff. 7.

5) L. R. I, 7 § 209 bestimmt dies zunächst für Verbesserungen. Vergleiche L. R. I, 7 §§ 212, 214.

Ersatz verpflichtet, wenn die Verwendungen aus den Nutzungen des Jahres, in welches sie fielen, berichtigt werden konnten.[7]

Den Umfang der Ansprüche wegen dieser Verwendungen macht im Uebrigen das preußische Recht, ähnlich wie das römische, von der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Verwendenden abhängig. Der redliche Besitzer hat Ansprüche nicht nur wegen Erhaltungskosten, sondern auch wegen Verbesserungen, welche den Verkaufs- oder Gebrauchswerth der Sache steigern.[8] Verbesserungen, welche der unrechtfertige Besitzer macht, kommen in Anschlag, soweit sie dem Kläger subjektiv von Vortheil sind. Nur Ersatz der Unterhaltungskosten, nicht aber der Verbesserungen kann der unredliche Besitzer fordern, und zwar erstere nur, insofern er den Verfall der Sache nicht vorher selbst verschuldete.[9]

Der Besitzer ist der Regel nach befugt, auch diejenigen Verwendungen in Rechnung zu bringen, welche seine Rechtsvorfahren auf den Klaggegenstand machten, da er sie von diesen gewissermaßen mit erworben hat. Sofern dies nicht der Fall ist, können die ehemaligen Besitzer, von denen sie ausgingen, gegen den siegreichen Kläger Ersatz derselben in demselben Maße verlangen, in welchem ihnen dies, wenn sie noch Besitzer gewesen wären, möglich gewesen wäre.

Der Besitzer hat stets das Recht der Abtrennung seiner Verwendungen, insbesondere auch bloß luxuriöser, wenn ihm vom Kläger keine Vergütung für dieselben — auf Auffordern oder freiwillig — angeboten wird, sofern er den Zustand, wie er vor der Verwendung war, herstellt.[10] Auch dies kann noch nach Rückgabe der Sache im Wege der Klage geltend gemacht werden.[11]

---

6) Besondere Unternehmungen sind abgesondert in Betracht zu ziehen. Wenn z. B. der Besitzer eines fremden Gutes einen Stall errichtet hat, es sind aber Wiesen zufälligerweise versumpft und es ist in Folge dessen der Gesammtwerth des Gutes gesunken, so sind die Kosten des nützlich erbauten Stalles doch zu ersetzen.

7) Es ist dies eine zutreffende Beschränkung des in l. 48. l. 65 pr. D. de R. V. 6, 1 ausgesprochenen Satzes.

8) L. R. I, 7 §§ 204 ff., 212 ff. Die römischen Richter entschieden mehr nach den Verhältnissen des besonderen Falles und der Frage des subjektiven Nutzens der Verwendung für den Vindikanten l. 38 D. de R. V. 6, 1. Auch berücksichtigte man regelmäßig nur die Steigerung des Gebrauchswerths l. 79 § 1 D. de V. S. 50, 16.

9) L. R. I, 7 § 239. — L. R. I, 7 §§ 236. 237. Das römische Recht gab dem bösgläubigen Besitzer Gegenansprüche auch wegen nützlicher Verwendungen bei der Erbschaftsklage, bei der Eigenthumsklage erkannte man Gegenansprüche desselben nur wegen Erhaltungskosten an und zwar, wie es scheint, erst seit der späteren klassischen Zeit, l. 5 C. de r. v. 3, 32.

10) L. R. I, 7 § 210 ff.

11) Ebenso R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1007. Anderer Ansicht Eccius Bd. 3 § 165 Anm. 38.

2. Wer von einem unverdächtigen Nichteigenthümer redlicher Weise gegen Entgelt erwarb, ist zur Herausgabe der erworbenen Sache an deren Eigenthümer nur gegen Erstattung dessen verpflichtet, was er diesem hierfür gegeben oder geleistet hat.[12] Auch wenn er die Sache herausgab, kann er hinterher solche Erstattung beanspruchen. Dies auf Grund deutschrechtlicher Anschauungen.[13] Solchen Erstattungsanspruch hat der Erwerber von Grundstücken, wie von Mobilien.[14] Die Redlichkeit mußte im Augenblicke des Erwerbes vorhanden sein; späterer böser Glaube schadet nichts. Das Recht des redlichen Erwerbers geht auf dessen Rechtsnachfolger richtiger Ansicht nach über.[15] Kannte dieser aber bei seinem Erwerb das Nichteigenthum seines Rechtsvorgäugers, so kann er nur das von diesem Ausgelegte an dessen Statt fordern; war er hingegen selbst redlicher Erwerber, so darf er nach seiner Wahl das von ihm selbst oder das von seinem Rechtsvorgänger für die Sache Geleistete vom Vindikanten verlangen.

Der Erwerber muß, um seine Gegenansprüche durchzusetzen, darthun, wie viel er seinem Verkäufer für die Sache geleistet hat. Auch die Person des Verkäufers muß er nachweisen. Die Unverdächtigkeit aber braucht er nicht besonders zu begründen, vielmehr liegt es dem Vindikanten ob, die etwaigen Verdachtsgründe bloß zu legen.

3. Wer ein Grundstück vom Nichteigenthümer erwarb, welches im Grundbuche auf den Namen des Eigenthümers stand, kann diesem gegenüber die Rechte eines redlichen Erwerbers wegen Verwendungen und Erstattung des dem Rechtsvorfahr Geleisteten nicht geltend machen, da sich Niemand dem Eingetragenen gegenüber mit der Unwissenheit eines in das Grundbuch eingetragenen Rechtsverhältnisses entschuldigen kann.[16] Es setzt

12) L. R. I, 15 § 25 ff. Vgl. oben § 188. Der Erstattungsanspruch kann auch dem Verwalter der Konkursmasse des Eigenthümers entgegengesetzt werden. — Zur Begründung der Eigenthumsklage gehört das Erbieten zur Erstattung des Kaufpreises nicht. R. G. bei Gruchot Bd. 27. S. 934. Sind mehrere Sachen zusammen für einen Gesammtpreis erworben und einige vor der Herausgabe zufälligerweise zu Grunde gegangen, so muß verhältnißmäßige Vertheilung stattfinden, wenn der Kaufgegenstand nicht als Einheit — unten Bd. 2 § 24 Anm. 2 — anzusehen war. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 44. Nicht zu erstatten ist, was einem vermeinten Vertreter des Eigenthümers geleistet wurde. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1017.

13) Ueber römisches Recht vgl. l. 2 C. de furtis 6, 2. l. 3. l. 23 C. de R. V. 3, 32. l. 11 C. de neg. gest. 2, 19.

14) Ersatz der Kosten des Erwerbgeschäftes, welche an den Staat oder sonstige Dritte geleistet werden, z. B. des Kaufstempels, kann der redliche Erwerber vom Vindikanten nicht fordern; er muß sich dieselben im Fall der Entwährung von seinem Rechtsvorfahr erstatten lassen. L. R. I, 11 § 156.

15) Vgl. § 188 bei Anm. 23. Auch der Beschenkte hat das Recht seines Autors. Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 76 gegen Rehbein Entsch. Bd. 2 S. 777.

16) L. R. I, 4 § 19. Vgl. oben § 245 Anm. 6. So auch Eccius Bd. 3 § 180 Anm. 81. A. Ansicht Rocholl Rechtsfälle Heft 2 S. 195.

dies freilich voraus, daß hinsichtlich der Identität des besessenen und des im Grundbuch eingetragenen Grundstückes kein Zweifel bestehen konnte.

§ 249. Klage aus früherem Besitz gegen Schlechterberechtigte.[1]

1. Die Eigenthumsklage dreht sich grundsätzlich nur um die Frage des Eigenthums des Klägers. Ist dieses nachweisbar, so ist die Eigenthumsklage schlechthin gegen jeden Besitzer durchführbar. Gelingt aber dieser Nachweis nicht, so führt sie nicht zum Ziel, sollte auch Kläger dargethan haben, daß ihm eher, als dem Beklagten ein Anrecht an der Sache zusteht. Um das relativ bessere Recht zur Geltung zu bringen, hatte jedoch das prätorische Recht der Römer neben der Eigenthumsklage die actio Publiciana aufgestellt, mittels deren gegen Schlechterberechtigte vindiciren konnte, wer einen Erwerbstitel für sich hatte, durch welchen er Eigenthum erlangt hätte, wenn er die Ersitzungszeit hindurch im Besitz gewesen wäre.[2]

Unter dem Einflusse älterer deutscher Rechtsanschauungen, nach welchen bei Klagen um Sachen nicht das Recht an denselben als solches, sondern die den Besitzverlust des Klägers begleitenden Thatsachen die Verpflichtung zur Herausgabe Seitens des Inhabers vorzugsweise begründeten,[3] bildete sich aber in der romanistischen Theorie ein viel weiter gehendes Rechtsmittel, als das publicianische, zu Gunsten dessen aus, welcher besseres Recht auf den Besitz hat, als der zeitige Inhaber. Das sogenannte possessorium ordinarium nämlich, ursprünglich zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes bestimmt und also possessorisch, zog mehr und mehr die Frage an sich, wer das Recht zum Besitz habe, und wandelte sich so zu einer petitorischen Klage um, welche die römische Publiciana absorbirte. So wurde das Rechtsmittel vom preußischen Rechte aufgenommen.[4]

2. Nicht bloß der titulirte Sacherwerber hat die Klage, sondern wer immer redlicher Weise im Besitz oder in der Innehabung war, gleichgültig, ob er eigenthümlich, oder als Pfandgläubiger, Miether und Entlehner, Depositar oder gar nur als Finder besaß. Die Klage steht auch nichteingetragenen ehemaligen Besitzern eines im Grundbuche verzeichneten Grundstückes zu, da sie auf Besitz und nicht auf Eigenthum gebaut ist.

---

1) L. R. I, 7 § 161 ff. Ziebarth Realexekution und Obligation S. 301 ff. v. Brünneck über die Kollission von mehreren vollständigen redlichen Besitzern und die actio Publiciana nach preußischem Rechte bei Gruchot Bd. 11 S. 840 bis 874. Vgl. ferner Deurer über den Schutz des relativ besseren Rechtes in Jherings Jahrb. Bd. 1 n. 5, Bruns in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 8 ff., v. Glasenapp bei Gruchot Bd. 24 S. 266 ff.

2) Gaj. Inst. IV, § 36. Dernburg Pand. Bd. 1 § 228.

3) Vgl. Laband die vermögensrechtlichen Klagen S. 106 ff.

4) Vgl. oben § 157.

Außer dereinstigem Besitz, dessen Redlichkeit bis zum Gegenbeweis vermuthet wird,[5] hat aber Kläger bei dieser Klage darzuthun, daß der Gegner weniger Recht auf den Besitz der Sache hat, als er selbst. Während bei der Eigenthumsklage der Schwerpunkt in dem Rechte des Klägers liegt, ist also diese Klage grundsätzlich auf das schwächere Recht des Besitzers gestellt. Der Nachweis dieses schwächeren Rechtes kann aber geschehen:

a) dadurch, daß Kläger unmittelbar die Unredlichkeit des jetzigen Besitzers darthut, denn der unredliche muß stets dem redlichen Besitzer weichen.[6]

b) nicht minder dadurch, daß Kläger darthut, daß ihm der Besitz durch Gewalt, List oder Betrug,[7] oder sonst ohne seinen Willen entkommen sei.[8] Dann muß nämlich Beklagter seinen Besitztitel angeben und nachweisen. Will oder kann er dies nicht, so gilt er als unredlicher Besitzer, unterliegt also. Kommt er jener Beweispflicht nach, so ist es dem Kläger möglich, auf Grund des aufgestellten Thatbestandes die etwaige Unredlichkeit des Beklagten darzuthun und auf Grund dieses Nachweises zu siegen.[9]

---

5) L. R. I, 7 § 179 oben § 149 bei Anm. 21. Allein kann dies freilich die Klage nicht begründen, vgl. Striethorst Archiv Bd. 81 S. 357.

6) L. R. I, 7 § 178. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 125.

7) L. R. I, 7 § 184. Glasenapp bei Gruchot Bd. 24 S. 274.

8) L. R. I, 15 § 34. Hier wird vom Kläger der Nachweis verlangt, daß die Sachen „seinem rechtmäßigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei," um den Beklagten zu verpflichten, seinen Besitztitel darzuthun. Hierauf gestützt, behaupten Manche, z. B. Koch zu L. R. I, 15 § 34, vgl. auch Savigny Oblig. Bd. 2 S. 161 Not. o, Kläger müsse im Falle dieses Paragraphen die Rechtmäßigkeit seines Besitzes nachweisen. Mit Unrecht. Die Rechtmäßigkeit des Besitzes wird vermuthet, L. R. I, 7 § 179. Wäre sie vollständig dargethan, so wäre nicht abzusehen, warum nach § 34 Kläger, dessen Recht hierdurch begründet wäre, noch nachweisen sollte, daß ihm der Besitz ohne Willen entkam. So auch Bornemann 1 S. 262. Anders v. Brünneck a. a. O. S. 857 und v. Glasenapp a. a. O. S. 274. Brünneck nimmt an, daß hier von einem „titulirten" Besitz die Rede sei, und will hierdurch erklären, warum in L. R. I, 15 § 34 das Gesetz einen Schritt weiter geht als L. R. I, 7 § 184. — Meinungsverschiedenheit besteht auch darüber, ob Beklagter seinen Besitztitel bloß angeben muß, wie Bruns a. a. O. S. 104 und 108 entsprechend dem Wortlaut von L. R. I, 7 § 184 und I, 15 § 34 behauptet, oder ob ihm auch dessen Nachweis obliegt, was die herrschende Meinung als selbstverständlich mit Recht ergänzt.

9) Der Richter kann auch seinerseits vom Beklagten Angabe des Besitztitels zur Vermeidung des Rechtsentscheids fordern, daß Beklagter als unredlicher Besitzer erachtet werde. L. R. I, 7 § 185 ff. Manche, z. B. Eccius Bd. 3 § 164 Anm. 30 erachtet diese Bestimmung als unpraktisch, weil sie mit der Untersuchungsmaxime des Prozesses der landrechtlichen Zeit zusammenhänge. Sie wird aber zur Anwendung zu kommen haben, wenn Kläger die Unredlichkeit des Besitzes des Beklagten wenigstens wahrscheinlich gemacht, wenn auch nicht vollständig erwiesen hat. Ziebarth a. a. O. S. 304. Auch Rehbein und Reincke erachten sie als praktisch, indem sie zu dem § 185 L. R. I, 7 — oben § 126 Anm. 15 — den § 130 R. C. P. O. anführen.

c) Auch gegen einen redlichen Besitzer siegt Kläger, wenn beide Theile zwar von demselben Rechtsvorfahren erworben haben, Kläger aber früher — redlicherweise — in den Besitz gesetzt war.[10][11]

Beklagter vertheidigt sich in allen drei Fällen dadurch wirksam, daß er den Besitz, welchen der Kläger dereinst hatte, als einen unredlichen darthut, ferner durch den Nachweis, daß der Kläger für ihn bloße Innehabung hatte, ihm also zu weichen schuldig war.[12]

Die Klage bezweckt Anerkennung des besseren Rechtes des Klägers zum Besitze und Verurtheilung des Beklagten in Alles, was er dem obsiegenden Kläger im Falle einer Eigenthumsklage zu leisten hätte.[13]

§ 250. Die negatorische Klage.

Die actio negatoria[1] — Eigenthumsfreiheitsklage — welche das römische Recht lediglich behufs Abwehr einer angemaßten Servitut aufgestellt hatte,[2] wurde von der preußischen, wie der gemeinrechtlichen Praxis gegenüber jeder unberechtigten Antastung der Freiheit des Eigenthums gegeben.[3] Sie ist daher zuständig zur Abwehr angeblicher dinglicher Nutzungsrechte, z. B. Nießbrauch, Grundgerechtigkeiten, dinglich ge-

10) L. R. I, 10 § 23. Dabei greift aber das Recht zur Sache ein. Denn wer früher in den Besitz gesetzt war, kann gegen denjenigen, welcher den Besitz später an sich brachte, nicht obsiegen, wenn dessen Titel, den er von dem gemeinsamen Rechtsvorfahr hatte, der ältere war, und Kläger beim Erwerb das Vorhandensein dieses älteren Rechtes zur Sache kannte, oben § 184 zu 2.

11) Die römischen Juristen sind bekanntlich verschiedener Ansicht über die Frage, ob von zwei publicianisch Berechtigten derjenige unterliegt, welcher zwar später erwarb, als Kläger, aber nicht von demselben Rechtsvorfahr. Julian verneinte l. 9 § 4 D. de Publ. in rem. a. 6, 2, Neratius bejahte l. 31 § 2 D. de a. e. 19, 1. Die Streitfrage kehrt im preußischen Rechte wieder. Die Einen — Koch Besitz 2. Aufl. S. 301, Ziebarth a. a. O. S. 301 — behaupten, der frühere Besitzer habe die Vermuthung des Eigenthums für sich gehabt, ehe der spätere Besitze rgriff, dies müsse ihm das Uebergewicht sichern, Andere nehmen mit mehr Recht an, die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des ehemaligen und des jetzigen Besitzers sei hier mindestens eine gleiche, so daß Kläger nicht durchdringen könne — v. Brünneck a. a. O. S. 842 ff. Man kann auch nicht mit Savigny System Bd. 7 S. 308 not. m den Fall, in welchem die redlichen Prätendenten, welche von verschiedenen Vorfahren erwarben, gegen einen dritten schlechteren Besitzer mit der Publicianischen Klage auftreten, nach der Ansicht des Neratius entscheiden, wie dies theilweise v. Brünneck a. a. O. zugiebt. Vielmehr muß die frühere Klagezustellung über den Vorzug entscheiden, wenn die Klagen beider Prätendenten in einem Verfahren behandelt werden. Sind die Klagen unabhängig von einander angestellt, so wird die Oberhand behalten, wer zuerst die Zwangsvollstreckung durchsetzt.

12) L. R. I, 7 §§ 163 ff.

13) l. 7 § 8 D. de Publ. in rem a. 6, 2, oben § 246 Ziff. 4, § 247. Siehe auch § 246 Anm. 22.

1) Die actio negatoria zum Zwecke der Anerkennung der Freiheit eines Grundstücks ist ausschließlich im dinglichen Gerichtsstande und zwar des Grundstückes des Klägers einzubringen. — So R. C. P. O. § 25 in Preußen war die Frage streitig.

2) Ueber römisches Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 256.

3) Vgl. A. G. O. I, 32 § 2.

wordene Mieths- und Pachtrechte, desgleichen dinglicher Rechte auf die Substanz; ferner dient sie dazu, um die richterliche Feststellung der Ungültigkeit eines Pfand- oder Vorkaufsrechtes oder einer Vormerkung behufs Löschung solcher Eintragungen durchzusetzen;[4] desgleichen können Ansprüche, welche sich auf das Nachbarrecht stützen und angebliche Reallasten mit dieser Klage abgewehrt werden. Die Klage ist aber nicht zuständig, wenn eine vom Gegner behauptete persönliche Verpflichtung des Eigenthümers verneint wird, welche zunächst nur ein Recht zur Sache begründen würde. Klagen zur Abwehr eines Patentrechtes sind den negatorischen verwandt.

1. Klageberechtigt ist der Eigenthümer — auch ein einzelner Miteigenthümer[5] — einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, deren Freiheit angetastet wird. Ob aber auch negatorisch klagen kann, wem nur ein dingliches Recht an der angetasteten Sache zusteht, wie der Nutznießer, Pächter, Miether, der Pfandgläubiger, ist nach preußischem Rechte bestritten.[6] Die Frage ist für den Fall zu bejahen, daß der dinglich Berechtigte durch das beanspruchte Recht des Dritten in der Ausübung seiner Befugnisse eine Schmälerung erleiden würde.[7]

---

4) Striethorst Archiv Bd. 24 S. 204 ff. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 9 n. 19. 138, Bd. 12 n. 247.

5) Dies entspricht gemeinem Recht, sowie preußischer Praxis. So auch Förster Bd. 3 § 181, dagegen aber Eccius a. a. O. Anm. 27, „da es sich bei der Frage der Freiheit des Eigenthums um eine Verfügung über die ganze Sache, nicht über den Antheil des Einzelnen handle.“ Doch die Abwehr durch Prozeß ist keine Verfügung über die Sache.

6) Nach römischem Rechte stand dem Pfandgläubiger wegen der dem Pfandgrundstück gebührenden Servituten die confessoria zu, demnach auch die negatoria actio gegenüber der an demselben beanspruchten Servituten l. 16 D. de servit. 8, 1. l. 9 D. de o. n. n. 39, 1. Dagegen wurden dem Nießbraucher diese Klagen zwar von der herrschenden Ansicht der römischen Juristen abgesprochen, man gestattete ihm aber: vindicare usumfructum ab eo, qui opus novum facit l. 1 § 20 D. de o. n. n. 39, 1. Der Unterschied lag darin, daß der negatorisch klagende Pfandgläubiger bei richterlicher Aestimation im Falle des Ungehorsams des Beklagten den Geldwerth der Minderung der Pfandsache durch die Servitut beitrieb, der Nießbraucher hingegen nur den Betrag, um welchen sich sein Nutzgenuß durch Nichtunterlassung der Störung verschlechterte. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 389 ff.

7) Für die gegentheilige Ansicht beruft man sich auf L. R. I, 19 § 10, nach welchem über die Richtigkeit eines dinglichen Rechtes auf die Substanz einer fremden Sache nur mit dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer derselben verhandelt werden soll. Jedoch bezieht sich diese Gesetzesbestimmung offenbar nur auf konfessorische — beziehungsweise hypothekarische Klagen. Hier bewirkt sie keine Rechtsverkümmerung, da der angeblich Berechtigte sich seine Gegner der Vorschrift des Gesetzes gemäß vorladen lassen kann, siehe übrigens unten § 277 Anm. 14. Ganz anders, wenn man den unvollständigen Besitzer verhindern wollte, negatorisch zu klagen. Vgl. auch Eccius Bd. 3 § 181 Anm. 29. Nimmt man übrigens mit Franklin bei Gruchot Bd. 5 S. 31 an, daß z. B. der Pächter eines Grundstückes, an welchem eine Weggerechtigkeit in Anspruch genommen wird, gegen den angeblich Wegberechtigten eine dingliche Klage anstellen könne, daß diese Klage jedoch keine negatoria sei, so dreht sich der Streit im Grunde nur um Worte. Unrichtig ist aber allerdings die Behauptung, daß

2. Die Klage ist durchführbar gegen Jeden, der sich entweder thatsächlich[8] oder wörtlich[9] ein die Freiheit des Eigenthums beschränkendes Recht anmaßt. Störungen, welche nicht auf ein dingliches Recht gegründet werden und die auch thatsächlich keine Fortsetzung in der Zukunft erwarten lassen,[10] sind nicht mit dieser Klage zu verfolgen.

Hat Jemand im Auftrage eines Anderen gehandelt, fährt er z. B. als Knecht in Ausübung einer Fahrgerechtigkeit, die sein Herr sich anmaßt, über einen fremden Acker, so ist die Klage gegen den Auftraggeber und den Beauftragten zulässig.[11]

3. Das Klagbegehren geht zuvörderst auf richterliche Anerkennung des Nichtbestehens der vom Beklagten angesprochenen Berechtigung. Hieran knüpft sich je nach Antrag und Sachlage die Verurtheilung des Beklagten zur Beseitigung der von ihm errichteten oder doch in seinem Besitze stehenden, den Kläger störenden Anlagen, oder zur Löschungsbewilligung der Eintragung des angemaßten Rechtes im Grundbuche,[12] ferner richterliche Untersagung weiterer Störung.[13] Was endlich die Schadloshaltung des Klägers für die aus dem Eingriff in sein Eigenthum entstandenen Nachtheile betrifft, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Den unredlichen Störer trifft also die volle Ersatzpflicht. Wer aber in redlicher

---

der Pächter nicht für sich die Vermuthung der Freiheit des Eigenthums in Anspruch nehmen könne.

8) Mag er handelnd eintreten, oder Beeinträchtigungen dulden, die er abstellen müßte. R. G. Bd. 15 S. 344, vgl. auch oben § 158 im Text hinter Anm. 18. Die Klage ist z. B. zulässig, wenn ein Nachbar sein Vieh auf unserem Grundstück weiden läßt, auch wenn er sich kein Recht dazu ausdrücklich zuschreibt, falls sich nur aus dem Hergange die Anmaßung eines Rechtes ergiebt.

9) A. G. O. I, 32 § 2. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 934. l. 5 § 7 D. si ususfr. pet. 7, 6. Gemeinrechtlich ist jedoch die Sache nicht unbestritten. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 256 Anm. 9.

10) Es hat z. B. Jemand einen Baum auf fremdem Grundstück beschädigt, ohne dies auf ein fortdauerndes Recht zu stützen. Unter Umständen kann aber eine einzelne Handlung der Passivlegitimation genügen. Vgl. auch unten § 277 Anm. 15.

11) Der Beauftragte hat jedoch das Recht der nominatio auctoris, oben § 246 Ziff. 2 analog R. C. P. O. § 73.

12) Die Kosten dieser Maßregeln hat nach preußischem Rechte der Kläger zu tragen, wenn der Beklagte redlicher, der Beklagte aber, wenn er unredlicher Besitzer war, vgl. L. R. I, 7 §§ 220. 243. Von Kosten, welche durch Verzug des Beklagten entstehen, insbesondere denen etwaiger Zwangsvollstreckung ist hierbei selbstverständlich nicht die Rede.

13) Nach römischem Rechte hatte der Beklagte eine sogenannte cautio de non turbando zu leisten l. 7. l. 12 D. si serv. vind. 8, 5. Gemäß § 162 des jüngsten Reichsabschieds war gemeinrechtlich der Regel nach statt einer solchen Kaution eine Strafandrohung im Urtheil auszusprechen. Derzeit sind die Bestimmungen der R. C. P. O. § 775 maßgebend. Jedoch wird Sicherheitsstellung unter den Voraussetzungen von L. R. I, 7 §§ 151—153 gefordert werden können. Vgl. oben § 158 Anm. 26 und unten Bd. 2 § 107 zu IV.

Meinung verfuhr, hat für die Zeit vor der Klageerhebung nichts zu leisten, nachher für Verschuldung einzustehen und noch gezogene Nutzungen herauszugeben.[14]

4. Kläger hat den Grund der Klage, die Freiheit des Eigenthums von dem beanspruchten Rechte, zwar zu behaupten, nicht aber zu beweisen, da für die Freiheit die Vermuthung spricht.[15] Zu beweisen hat er daher nur sein Recht, die Sache zu vertreten, wozu in Gemäßheit des Landrechts der Nachweis des vollständigen Besitzes genügt, welcher ihn als Eigenthümer erscheinen läßt.[16] Bei eingetragenen Grundstücken ist der als Eigenthümer Eingetragene zur Klage legitimirt, nicht minder aber der vollständige Besitzer.

Ferner liegt dem Kläger der Nachweis der Klageveranlassung ob, also der Antastung der Freiheit seiner Sache. Beklagter hat demgegenüber seinerseits das von ihm behauptete Recht[18] nachzuweisen.[19]

Was der Beklagte zu diesem Zwecke darzuthun hat, und welche Thatsachen vom Kläger replicirend dagegen anzuführen und nachzuweisen sind, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Stützt sich Beklagter z. B. auf ein Miethrecht, so genügt es, daß der Miethvertrag für ihn spricht; etwaige Beendigungsgründe, welche sich nicht aus dem Vertrage ergeben, sind vom Kläger darzuthun. Steht dem Beklagten die Eintragung seines Rechtes im Grundbuche zur Seite, so thut dieselbe zunächst sein Recht dar, dem Kläger ist aber der Gegenbeweis der Unrechtmäßigkeit der Eintragung offen.

---

14) Oben § 131 Anm. 4—6. l. 4 § 2 D. si serv. vind. 8, 5. R. G. Bd. 6 S. 221. Ueber den Beweis der Verschuldung des Beklagten siehe Gruchot Bd. 32 S. 889 — Bei angeblichen affirmativen Rechten, z. B. Zehnten, Renten treten, wenn in gutem Glauben geleistet wurde, ohne daß eine Rechtspflicht bestand, die Grundsätze der condictio indebiti ein.

15) L. R. I, 19 § 14, I, 7 §§ 181, 182, I, 8 §§ 23 ff. Gesteht der Kläger eine gewisse Berechtigung des Beklagten zu und behauptet nur Ueberschreitung derselben, so ist erforderlich, daß in der Klage die Grenzen des zugestandenen Rechtes genau angegeben werden, damit sich die Ueberschreitung klarstelle.

16) L. R. I, 7 § 176, I, 19 § 10, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 42, vgl. oben § 156 Anm. 4. Daß dies nicht römisch-rechtlich ist, versteht sich von selbst.

17) E. E. Gesetz § 7.

18) Natürlich muß das fragliche Recht gerade dem Beklagten zustehen, es genügt nicht, wenn dasselbe zu Gunsten eines Dritten besteht. Vgl. das Beispiel in l. 4 § 7 D. si serv. vind. 8, 5. Wird daher der Einwand auf eine Grundgerechtigkeit gegründet, so muß der Beklagte berechtigt sein, dieselbe auszuüben, sei es als Eigenthümer oder publicianischer Besitzer oder Nutzungsberechtigter.

19) L. R. I, 7 §§ 181, 182. Entsch. des Ob. Trib. Bd. 15 S. 453, da die Freiheit des Eigenthums vermuthet wird, so daß sie die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes überwiegen soll. Ueber gemeines Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 256 Ziff. 4.

VI. Die Rechtsverhältnisse der Gewässer und öffentlichen Wege.

§ 251. Allgemeines.[1] Die Arten der Gewässer.

Das offene Meer ist dauernder menschlicher Beherrschung unfähig, so daß an Meerestheilen Privateigenthum nicht stattfindet. Dagegen sind die Gewässer des Festlandes des Eigenthums fähig. Denn wenn auch die fließende Welle als solche sich, wie die Luft, in natürlicher Freiheit befindet,[2] so kann doch der durch sie erfüllte Raum nicht weniger dem Privateigenthum unterstehen, wie die übrige Oberfläche des Festlandes. Es sprechen dies die Römer für ihre Privatflüsse ausdrücklich aus.[3] Richtiger Ansicht nach bildete aber auch für die Rechte des römischen Staates an den öffentlichen Flüssen Grundlage die Annahme eines Eigenthumsrechtes.[4] Jedenfalls ist nach Landrecht das Recht des Staates wie der Privaten am Flußgebiete dem Eigenthumsbegriff unterzuordnen.[5] Immerhin ist das Eigenthumsrecht an Gewässern ein besonders bestimmtes und vielfach beschränktes, namentlich in Folge des Gemeingebrauches, welcher dem Publikum in mehr oder minder ausgedehntem Maße an dem fließenden Gewässer zusteht.

Die hauptsächlichste Eintheilung der Gewässer, in öffentliche und in nichtöffentliche, ist dem römischen Recht entnommen, hat aber eine wesentlich abweichende Bedeutung erhalten. Die Römer betrachteten nämlich alle nicht periodisch versiegenden, in festen Gerinnen frei fließenden Gewässer als öffentlich, d. h. als dem Staate zugehörig und außer dem Privatverkehr stehend. In Folge dessen war die römische Verwaltung im Stande, den Ge-

---

1) Nieberding Wasserrecht und Wasserpolizei, 2. Aufl. bearbeitet von Frank 1889. 2 Bde. (Bd. 1 Text). Ueber gemeines Recht vergl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 73.

2) l. 2 § 1 D. d. R. D. 1, 8, oben § 67 bei Ziff. 1.

3) l. 1 § 4 D. de flumin. 43, 12 nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum.

4) Für die Behauptung, daß das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen nach römischer Ansicht nicht Eigenthumsrecht sei, führt man hauptsächlich zwei Gründe an. Einmal: daß überhaupt die römischen res extra commercium, zu welchen die öffentlichen Flüsse gehören, nur dem sogenannten Hoheitsrechte unterworfen seien, daher unmöglich im Eigenthum des Staates stünden. Das Unrichtige dieser Auffassung wird heutzutage von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt. Einen zweiten besonderen Grund aber gegen das Eigenthumsrecht des Staates an den öffentlichen Flüssen entnimmt man dem Satz, daß die im Fluß entstandene Insel und daß das verlassene Flußbett den anstoßenden Grundeigenthümern gehört. Windscheid Bd. 1 § 146. Anm. 11. Allein die Römer gingen von der Ansicht aus, daß der Fluß eben nur in seiner Eigenschaft als Fluß dem staatlichen Eigenthum unterstehe. Wenn also der Fluß das Bett dauernd verläßt, und dies ist auch bei Entstehung einer Insel der Fall, so hört insoweit das bisherige Staatseigenthum auf. l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1: flumina censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum.

5) L. R. II, 14 § 21: „die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigenthum des Staates.“ Doch sind die Ansichten sehr getheilt. Siehe weiteres unten § 252 Anm. 1 und § 253 Anm. 5.

meingebrauch und die Bewässerung bei allen ständigfließenden Gewässern nach billigem Ermessen frei zu regeln, soweit sie sich nicht selbst durch ertheilte Privilegien gebunden hatte. Dem deutschen Rechte war eine so weit gehende staatliche Aneignung der Gewässer fremd. Vielmehr erachtete man die kleinen fließenden Gewässer überwiegend als Gegenstand der Privatherrschaft.[6] Nur die großen schiffbaren Ströme entzogen sich derselben.[7] Hieraus entwickelte sich die, in das preußische Recht übergegangene, gemeinrechtliche Lehre, wonach die schiffbaren Ströme als öffentliche dem Staatseigenthum unentfremdbar unterworfen sind, während die nicht schiffbaren Wasser der Privatherrschaft unterliegen.

§ 252. Fortsetzung. Die öffentlichen Gewässer.

1. Oeffentlich sind die von Natur[1] schiffbaren Ströme von dem Punkte an, wo diese Schiffbarkeit beginnt und soweit solche besteht.[2] [3] Gleichgestellt sind die schiffbaren Meeresarme, Buchten und Häfen.

---

6) Und zwar je länger je mehr. Ursprünglich überwog der Gedanke des Gemeingebrauchs der Gewässer, so daß die Nutzung vielfach ein gemeines Recht der Markgenossen war. Vgl. Sachsenspiegel II, 28 § 1 ff. — Meurer, Wasserrecht von 1570 Fol. 29 bei Kraut Grundriß § 89.

7) Const. Friderici a. 1158. in II. feud. 56, welche zunächst für die Lombardei bestimmt die schiffbaren Ströme für Regal erklärt, wurde aus dem libri feudorum recipirt.

1) Vgl. L. R. II, 14 § 21. II. 15 § 38. Der Schiffbarkeit steht nicht entgegen, daß dieselbe zeitweise wegen Wassermangels unterbleiben muß R. G. Bd. 4 S. 261. Die Schiffbarkeit ist nach den Verhältnissen zur Zeit des Inkrafttretens des Landrechts zu beurtheilen. Daß ein Fluß derzeit mit Schraubendampfern von minimaler Größe und Tiefgang befahren werden kann, kommt nicht in Betracht, vgl. L. R. II, 15 § 39. Der Staat kann zwar gegen Entschädigung Privatflüsse schiffbar machen. Doch liegt hierin nur eine Beschränkung der Rechte der Eigenthümer. Soweit aber ihr Eigenthumsrecht mit der jetzigen Bestimmung des Flusses vereinbar ist, bleibt es in Wirksamkeit; es erhält sich z. B. ihr Jagdrecht auf dem Flußgebiete. Vgl. L. R. II, 15 § 39 ff. und oben § 67 Anm. 12 a. E.

2) Ob auch der nichtschiffbare Lauf eines schiffbaren Flusses öffentlich sei, war bestritten. Mit Recht hat sich aber der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 3. Juni 1867, Entsch. Bd. 58 S. 1 für die verneinende Ansicht ausgesprochen. Denn der schiffbare Strom bildet sich erst durch die sich vereinigenden Wasserläufe; folgerecht müßte man daher nach der Gegenansicht dem gesammten Flußnetze die Eigenschaft der Oeffentlichkeit beilegen, da es zufällig ist, wenn man gerade den Namen eines der Flüsse, aus welchen er entsteht, für den vereinigten Strom beibehält. Bei der Weser ist dies nicht der Fall. Dies würde aber zur Auflösung des gesetzlichen Kennzeichens der Schiffbarkeit führen und der Absicht, welche bei der Unterscheidung herrschte, zuwiderlaufen. Nicht öffentlich sind daher auch die nicht schiffbaren Strecken eines oberhalb schiffbaren Flusses, was sich z. B. bei der schwarzen Elster findet, Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 136, nicht öffentlich sind nicht schiffbare Seitenarme eines öffentlichen Flusses. Vgl. auch Gesetz über die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883. Nach § 1 dieses Gesetzes entscheidet über die Frage der Schiffbarkeit der Oberpräsident mit Vorbehalt des Rekurses an den Minister unter Ausschluß des Rechtsweges.

2. An öffentlichen Gewässern ist der dem Publikum zugesicherte Gemeingebrauch besonders weitgreifend. Derselbe stellt namentlich Jedermann die Schifffahrt unter der Verpflichtung zur Beobachtung der strompolizeilichen Vorschriften offen,[4] ferner den Gebrauch des Flußwassers durch Schöpfen, Baden und Tränken des Viehs.[5] Endlich hat Jeder, soweit es die Flußpolizei im öffentlichen Interesse nicht verwehrt, das Recht, Sand, Steine und Schlamm aus dem Bette des öffentlichen Flusses zu entnehmen.[6]

3. Hiervon abgesehen steht dem Staate das ausschließliche Nutzungsrecht am Flusse zu, welches sich auf sein „gemeines Eigenthum" an demselben gründet.[7] Beispielsweise hat der Staat das ausschließliche Recht, Fähren zu halten, Brücken anzulegen, den Fischfang zu betreiben,[8] Rechte, die er jedoch als niedere Regalien Privaten verpachten oder veräußern kann. Ferner ist Errichtung von Wassertriebwerken an öffentlichen Flüssen sowie Wasserleitungen aus denselben von der Verleihung durch den Staat abhängig.[9]

---

3) Ein vom öffentlichen Flusse dauernd überströmtes Gelände wird Theil des Flusses, deshalb öffentlich. Ein Landsee wird aber nicht nothwendig dadurch Theil des öffentlichen Flusses, daß der bisher beide trennende Damm niedergerissen wird. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1050.

4) L. R. II, 15 §§ 47. Unverbundenes Holz auf schiffbaren Strömen zu flößen gilt als Vorbehalt des Staates, L. R. II, 15 § 49.

5) L. R. II, 15 § 44.

6) Wem das Recht an dem im Flußbette sich ansammelnden Sande, Schlamm, Steinen zustehe, ist gemeinrechtlich sehr bestritten. a) Die Einen, z. B. Holzschuher Kasuistik Bd. 2 § 92 Frage 2, Kori Archiv für civilistische Praxis Bd. 18 S. 49, betrachten die Gewinnung dieser Nebennutzungen als Jedermann freistehend. b) Andere, z. B. Klüber Recht des deutschen Bundes 3. Ausg. § 458 erstrecken das Wasserregal des Staates auch auf Sand und Steine. c) Diejenigen, welche den Grund und Boden der öffentlichen Flüsse als eine Fortsetzung der Ufergrundstücke bis zur Mittellinie des Flusses ansehen, z. B. Puchta Pand. § 165, Börner Archiv f. civ. Pr. Bd. 38 S. 180, müssen den Sand und Kies den Eigenthümern dieser angrenzenden Grundstücke zuerkennen. Vgl. Kuntze zu Holzschuher a. a. O. Bd. 2 § 92 Frage 18. — Im preußischen Recht fehlt eine positive Bestimmung. Eine Entscheidung des Obertribunals Bd. 42 S. 54, vgl. auch Bd. 31 S. 73 hat die Klage des Fiskus auf Herausgabe der von einem Flußanlieger im Bette eines öffentlichen Flusses gebrochenen Steine abgewiesen. In den Gründen wird einmal das Eigenthum der Flußanlieger bis zur Mittellinie des öffentlichen Flusses behauptet, dann aber auch auf das Recht des Gemeingebrauches Bezug genommen. Der erste Grund, schon nach gemeinem Rechte unrichtig, ist nach preußischem Rechte sicher falsch. Es müßten ja hiernach die Anlieger auch das Jagdrecht bis zur Mittellinie des Flusses haben. Vgl. R. G. Bd. 3 S. 232. Der zweite Grund hingegen enthält den zutreffenden Gesichtspunkt. Dementsprechend hat R. G. Bd. 4 S. 258 bezüglich der im öffentlichen Flusse befindlichen Steine erkannt.

7) L. R. II, 14, § 21, oben § 251 Anm. 5. II, 15 § 38. Bezüglich bloß pekuniärer Rechte des Staates steht der Rechtsweg offen, soweit öffentliche Interessen unmittelbar im Wege stehen, entscheidet die Verwaltung. Nieberding-Frank a. a. O. S. 80.

8) L. R. II, 15 §§ 51. 52. 73. Halten von Fähren zu eigenem Gebrauch ist jedem Flußanlieger verstattet. § 50 a. a. O.

9) Vgl. l. 1 § 43 D. de aqua quotidiana 43, 20 datur jus aquae ducendae interdum praediis, interdum personis.

Ob der Staat berechtigt ist, diese Verleihungen beliebig zurückzunehmen, oder neben ihnen neue Verleihungen vorzunehmen, welche deren Nutzbarkeit beschränken, ist nach Verschiedenheit der Fälle unter Zugrundelegung der gesetzlichen Vorschriften über Privilegien zu beurtheilen.[10]

Dem Staate steht als dem Eigenthümer des Stromes die Jagd auf dessen Raumgebiet nach den Grundsätzen des Landrechts zu, so daß dauernde Uebertragung an Dritte nicht zulässig ist.[11]

4. Der Staat hat außer seinem Eigenthumsrecht die Polizeigewalt über den öffentlichen Fluß zum Zweck der Erhaltung und Verbesserung der Wasserstraße, Verhütung von Ueberschwemmungen, Besserung des öffentlichen Verkehrs auf dem Strom. Beschränkt der Staat aus polizeilichen Rücksichten den gemeinen Gebrauch, so macht ihn das nicht entschädigungspflichtig.

5. Nach strengem Rechte wäre der Staat auch nicht zur Entschädigung verbunden, wenn er den Lauf des Flusses verlegt und hierdurch diejenigen beschädigt, welche bisher an dessen Nutzungen Theil hatten. Das Landrecht läßt aber in dieser Hinsicht Billigkeit in weitem Maße walten. Wer das Fischereirecht — nicht bloß widerruflich — hatte, ist vom Staate zu entschädigen, wenn das frühere Flußbett nicht mehr befischt werden kann, und der neue Kanal ihm keinen Ersatz gewährt.[12] Ja, es wird der Staat allgemein zur vollständigen Entschädigung der Anwohner des früheren Flußbettes verpflichtet,[13] also auch wegen der Vortheile, welche ihnen bisher der Gemeingebrauch des Flusses gewährte.

§ 253. Die nicht öffentlichen Gewässer.

Die nicht öffentlichen Gewässer werden je nach ihrer Art verschieden behandelt.

1. Geschlossene Gewässer, also Seen, Teiche, Brunnen, sind der Verfügungsmacht ihres Eigenthümers regelmäßig unbeschränkt unterworfen, so daß diesem die beliebige Benutzung ihrer Wasserfläche, ja das Recht der Trockenlegung ihres Bettes zusteht.[1] Nicht anders ist es bei wild abfließendem Wasser ohne festes Gerinne.

2. Dagegen ist bei Privatflüssen das Eigenthum zum Vortheil der Flußnachbarn wie auch der Allgemeinheit, namentlich im Interesse der Bodenkultur, wesentlich beschränkt. Hierüber hat insbesondere das Gesetz vom

10) L. R. § 54 ff., oben § 25 bei Ziff. 2. Meist wird die Koncession gegen Entgelt gegeben.

11) Entsch. des O. Trib. Bd. 26 S. 396 ff., oben § 229.

12) L. R. II, 15 § 72.

13) L. R. II, 15 § 71. Vgl. noch R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 713.

28. Februar 1843 „über die Benutzung der Privatflüsse“ Bestimmung getroffen.[2]

Privatflüsse sind alle nicht von Natur schiffbaren Gewässer — Flüsse, Bäche, Abflüsse von Quellen und Seen —, wenn sie in festen Gerinnen dahinfließen und Grundstücke verschiedener Besitzer bespülen.[3] Es gehören zu denselben also nicht nur natürliche Wasserläufe, sondern auch künstliche Gräben und Kanäle,[4] durch welche das Wasser dahinströmt, wenn sich auch zwischen künstlichen Kanälen und natürlichen Flüssen rechtliche Verschiedenheiten finden. Die Privatflüsse stehen im privaten Eigenthume.[5] Und zwar gelten der Regel nach die beiderseitigen Uferbesitzer als Eigenthümer der längs ihrer Ufer sich hinziehenden Flußstrecken bis zur Mittellinie des Flusses; es kann indessen das Eigenthumsrecht am Flüsse durch besonderen Titel oder nach örtlichem Rechte anderen Personen zustehen.[6]

Hauptsächliche Beschränkungen dieses Eigenthumsrechtes sind folgende:

1. Der freien Verfügung des Flußeigenthümers über das Flußgebiet steht die Pflicht gegenüber, den Wasserlauf nicht durch Veränderungen des Flußbettes zu beeinträchtigen.[7] Daher ist unter Anderm Einkarren und Einschwemmen von Sand und Erde, z. B. zur Anlage von Wiesen,

1) Vgl. L. R. I, 9 §§ 176. 185. Boele in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 635 ff. Auch der Umfang des Landsees richtet sich nach preußischem und deutschem Recht nach dem gewöhnlichen, L. R. I, 9 §§ 242. 248, d. h. mittleren Wasserstande, vgl. R. Ger. Bd. 2 S. 316 ff. oben § 237 Anm. 5.

2) Eine schwierige Frage ist, R. G. Bd. 16 S. 232, vgl. auch Nieberding-Frank S. 87, ob und wieweit die Bestimmungen dieses Gesetzes bei Grenzflüssen, z. B. Rußland und Preußen scheidenden, den Anliegern ausländischer Grundstücke zu Gute kommen. Das O. Trib. hat Entsch. Bd. 78 S. 307 die Anwendung verneint, weil die Besitzer ausländischer Grundstücke durch dieses Gesetz ihrerseits nicht gebunden, und Recht und Pflicht hier untrennbar sei.

3) Unterirdische Wasseradern dagegen unterliegen, so lange sie noch nicht durch ihren Eintritt in einen Bach oder Fluß den Beschränkungen der Privatflüsse unterworfen sind, der freien Verfügung des Grundeigenthümers nach L. R. I, 8 § 26 ff. So auch das Grundwasser.

4) Anders Nieberding-Frank S. 236.

5) Daß Privatflüsse im Eigenthum stehen, spricht unter Anderem aus L. R. II, 15 § 39, eine Grundlage, welche wir um unbestimmter Vorstellungen willen nicht verlassen dürfen. Wem sollte z. B. die Jagd auf dem Raumgebiet des Flusses gehören? Wie sollte die Frage des im Flußbett gefundenen Schatzes geregelt werden? — Die Eigenthümer des Privatflusses können negatorisch wegen Zuleitungen, zu welchen die Zuleitenden kein Recht haben, klagen, mögen sie schädlich sein, vgl. R. G. Bd. 2 S. 208, oder auch nicht, R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 148, vorausgesetzt daß die Klage nicht bloß aus Chikane geschieht.

6) Angef. Ges. § 1. R. G. Bd. 16 S. 178, bei Gruchot Bd. 31 S. 1001. Daubenspeck bergr. Entsch. des R. G. S. 261. Nach schlesischem Auenrecht sind Privatflüsse und Bäche Eigenthum der Gutsherrschaft, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1056, vgl. oben § 228 Anm. 11.

nur in den Fällen gestattet, wo solches für die Vorfluth, für die Schiffbarkeit öffentlicher Flüsse und für die unterhalb liegenden Uferbesitzer unschädlich ist, so daß gegen Schädigungen die Flußpolizei einschreiten darf, den Flußnachbarn aber auch der Rechtsweg offen steht.

2. Die Anlieger haben in Folge ihres Eigenthumes am Flusse zwar das Recht zur Benutzung der Wassermasse, insbesondere für Bewässerungen ihrer anliegenden Grundstücke und für gewerbliche Anstalten. Wie weit aber dies Recht durch die Rücksicht auf die oberhalb oder unterhalb liegenden Uferbesitzer beschränkt sei, war gemeinrechtlich[9] und auch im früheren preußischen Rechte höchst streitig.

Nach dem Gesetze vom 28. Februar 1843 §§ 1 und 14 steht der Regel nach jedem Anlieger das Recht auf die Benutzung der Hälfte der vorüberfließenden Wassermasse zu,[10] dies aber mit Beschränkungen, und zwar nach doppelter Richtung:

a) es darf durch dieselbe kein den oberhalb liegenden Grundstücken schädlicher Rückstau und keine Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden;

b) es muß das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeleitet werden, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt.[11] [12] Damit ist indessen nicht der Wasserverbrauch

---

7) Nach L. R. I, 8 § 99 soll, zum Nachtheil der Nachbarn und Uferbewohner durch Hemmung des Ablaufs des Privatflusses nichts unternommen werden. Der Umfang des hieraus sich ergebenden Widerspruchsrechtes ist bestritten. Vgl. Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 282 ff. Beispiele R. G. Bd. 16 S. 233.

8) Gesetz vom 28. Februar 1843 §§ 4. 5. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 351.

9) Dafür, daß der Eigenthümer des oberhalb liegenden Grundstückes ein unbeschränktes Recht habe, das Wasser zu benutzen, dessen Richtung zu verändern, ja es dem Besitzer des niedriger gelegenen Grundstückes ganz zu entziehen, ist Mevius p. 4 dec. 39 n. 1, Gesterding Arch. f. c. Pr. Bd. 3 S. 67 mit Bezug auf die ganz andere Verhältnisse berührende l. 1 § 4 D. de fluminibus 43, 12. Dagegen behaupten Andere, daß durch den Gebrauch des Einen das Recht des Anderen nicht unwirksam gemacht werden dürfe: Eichhorn Einl. § 269 V, Boele zur Lehre vom Wasserrecht in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 636 ff.

10) Kann man dies Recht Dritten, z. B. einem benachbarten Fabrikbesitzer oder dem Eigenthümer benachbarter Wiesen abtreten? Da Rechte im Zweifel abtretbar sind, so ist die Frage zu bejahen. Striethorst Archiv Bd. 25 S. 357. Dagegen Entsch. des O. Trib. Bd. 52 S. 113. Vgl. auch Nieberding-Frank S. 208.

11) Gesetz vom 28. Februar 1843 § 13. Die Bestimmung hat ihr Vorbild im code civil art. 644: celui, dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle, qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

12) Die Zurückleitung muß vor dem Austritt aus dem Gebiet des Ableitenden erfolgen, ohne daß auf die Besitzverhältnisse der gegenüberliegenden Uferseite Rücksicht zu nehmen ist. Vgl. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 16. Januar 1854. Entsch. Bd. 27 S. 23. Die Uferanlieger haben, wenn es an Anstalten für die Zurückleitung

schlechthin ausgeschlossen, sondern nur die Pflicht festgestellt, das Nichtverbrauchte zurückzuleiten.[13]

Diese Beschränkungen können, soweit sich aus denselben Privatrechte herleiten, durch Erwerb eines Gegenrechtes mittels Vertrag oder Verjährung[14] [15] beseitigt werden.

Innerhalb der bezeichneten Grenzen ist der Flußanlieger zu Bewässerungsanlagen im Interesse der Bodenkultur befugt, ohne von polizeilicher Einwirkung oder Genehmigung abhängig zu sein.

Jedoch kann er freiwillig polizeiliche Vermittelung anrufen und zwar zu doppeltem Zwecke, nämlich einmal, um sich durch ein Aufgebotsverfahren und Ausschluß der sich nicht Meldenden vollständige Kenntniß von Widerspruchsrechten und Entschädigungsansprüchen zu verschaffen, welche hinsichtlich der von ihm geplanten oder ausgeführten Anlagen bestehen und zweitens um für Anlagen von überwiegendem Nutzen für die Landeskultur die für sie nothwendigen Enteignungen, insbesondere Servituten, gegen Entschädigung zu erlangen.[16]

3. Privatflüsse unterliegen einem gewissen Gemeingebrauch, da die Wassernutzung, sofern sie ohne Uferbeschädigung möglich ist, zum Trinken und Schöpfen behufs gewöhnlichen Wirthschaftsgebrauchs, sowie zum Tränken des Viehes einem Jeden da freisteht, wo öffentliche Plätze oder Wege das Ufer bilden.[17]

---

fehlt, ein Widerspruchsrecht, auch ohne Nachweis eines besonderen Schadens. Entsch. des O. Trib. Bd. 60 S. 30 ff.

13) Wie weit das Recht des Anliegers zum Verbrauch des Wassers geht, ist nicht unzweifelhaft. Einen Anhalt giebt § 15 des Gesetzes vom 28. Februar 1843, wonach die Staatsgewalt einer solchen Bewässerungsanlage entgegentreten darf, welche die Schifffahrt gefährdet oder den unterhalb liegenden Einwohnern den nothwendigen Bedarf an Wasser entziehen würde. Hiernach wird sich der Grundsatz rechtfertigen lassen, daß der Anlieger das Wasser nur in dem Maße verbrauchen darf, daß den Unterliegern der gemeinübliche Nutzen, welchen auch sie von dem Wasser erwarten durften, nicht verkümmert wird. Ferner ist anzunehmen, daß das zurückgeleitete Wasser nicht in außergewöhnlich verderbtem Zustande sein darf, welcher es für die Unterlieger unbrauchbar machen würde. Es ergiebt sich dies aus dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Uferbesitzer. Vgl. Ulrichs Archiv Bd. 12 S. 155 ff. Gruchot Bd. 13 S. 599 ff. R. G. Bd. 2 S. 210. Stauen zur Erzeugung und Veräußerung von Eis läßt nicht zu O. Trib. Entsch. Bd. 81 S. 125 ff., vgl. aber R. G. Bd. 16 S. 182, siehe noch oben § 67 Anm. 2 a. E. — Vgl. ferner R. G. Bd. 4 S. 344.

14) Striethorst Archiv Bd. 95 S. 321. R. G. Bd. 4 S. 282. Namentlich ist auch das Verbot des Rückstaues, welcher eine Ueberschwemmung bewirkt, kein ausnahmsloses.

15) Zur Zeit des Infrafttretens des Gesetzes vom 28. Februar 1843 bestehende Triebwerke erhalten eine besondere Rechtsstellung nach §§ 16 und 17 des Gesetzes vgl. Nieberding-Frank S. 261.

16) Gesetz vom 28. Februar 1843 § 19 ff.

17) Angef. Ges. § 2. Es darf das zum Betriebe von Färbereien, Gerbereien, Walken und ähnlichen Anstalten benutzte Wasser dem Flusse nicht zugeleitet werden,

4. Für Flüssigkeiten, welche in Folge der Bodenverhältnisse oder der menschlichen wirthschaftlichen Thätigkeit, insbesondere durch Industrie oder Bergbau auftauchen und Abfluß suchen, sind die Flüsse — öffentliche wie private — die natürlichen Abzugskanäle. Die unterhalb belegenen Ufernachbarn müssen daher derartige Zuleitungen an und für sich zulassen; geht aber die Vermehrung des Wassers oder die Zuführung fremder Stoffe über das Gemeinübliche hinaus, so haben jene Ufernachbarn ein Widerspruchsrecht, und zwar ohne besonders Schaden nachweisen zu müssen, es sei denn, daß sie nachweisbar ohne eigenes Interesse zur bloßen Chikane Einspruch erheben.[18] [19]

5. Nach dem Gesetz vom 1. April 1879, betreffend die Bildung von Wassergenossenschaften, können Wassergenossenschaften vorzugsweise zur Benutzung oder Unterhaltung von Gewässern, zur Ent- oder Bewässerung von Grundstücken, zum Schutz der Ufer, zur Anlegung oder Unterhaltung von Wasserläufen, zur Herstellung und Verbesserung von Wasserstraßen entweder durch Vertrag — freie Genossenschaften — oder durch Beschluß der staatlichen Behörden — öffentliche Genossenschaften — begründet werden.[20] Ihre Verfassung ist derjenigen der übrigen wirthschaftlichen Genossenschaften entsprechend festgestellt. Die freien Genossenschaften erlangen Existenz mit der Eintragung in das Register auf Grund des Statutes.[21] Die Auflösung der freien Genossenschaft kann durch einfache Mehrheit beschlossen werden. Die öffentlichen Wassergenossenschaften erfordern den Nachweis eines öffentlichen oder gemeinwirthschaftlichen Nutzens. Sie werden zwangsweise gebildet, wenn es sich um Ent- oder Bewässerungsanlagen im Interesse der Landeskultur handelt, welche nur bei Ausdehnung auf die in dem Eigenthum der Widersprechenden befindliche Grundfläche zweckmäßig ausgeführt werden kann, und wenn die Mehrheit der Betheiligten, nach der Fläche und

---

wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigt oder eine erhebliche Benachtheiligung des Publikums herbeigeführt wird; hierüber entscheidet die Polizeibehörde: § 3 des Gesetzes. Ueber die Beschädigung der Fischerei durch Einführung von schädlichen Stoffen vgl. das Fischereigesetz § 43, oben § 230 Anm. 18.

18) Vgl. R. G. Bd. 16 S. 178. Ueber Ersitzung des Rechtes auf Zuleitung siehe R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 945.

19) Nur auf Grund landesherrlicher Entscheidung und gegen Entschädigung der Uferbesitzer ist die Flösserei Jedem zu gestatten. Gesetz vom 28. Februar 1843 § 8—12.

20) Das Gesetz vom 28. Februar 1843 § 56 ff. hatte zwangsweise Genossenschaften für Bewässerungen, das vom 11. Mai 1853 solche für Entwässerungen vorgesehen. Die auf Grund dieser Gesetze errichteten Genossenschaften unterliegen den Bestimmungen des Gesetzes vom 1. April 1879 über öffentliche Genossenschaften.

21) Auffallend ist, daß nach § 23 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. April 1879 zur Gültigkeit eines auf die Entsetzung des Vorstandes oder den Widerruf der Bestellung gerichteten Beschlusses der freien Genossenschaft erforderlich ist, daß derselbe, falls im Statut Anderes nicht bestimmt ist, mit einer Mehrheit von zwei Dritteln sämmtlicher Mitglieder der Genossenschaft gefaßt wird, so daß der Vorstand, gestützt auf eine Minderheit,

dem Katastralreinertrag der zu betheiligenden Grundstücke berechnet, sich für das Unternehmen erklärt hat. Die öffentlichen Genossenschaften stehen unter Staatsaufsicht. Die Auflösung derselben geschieht nur durch Zweidrittelmehrheit unter Genehmigung des Ministers.[22] [23]

§ 254. Vorfluth. Entwässerung.[1]

1. Nach römischem Rechte lag den ländlichen Grundstücken die Verpflichtung ob, das Regenwasser oder auch das mit Regen gemischte Quellwasser aufzunehmen, welches ihnen von oberhalb gelegenen Grundstücken in Folge der natürlichen Bodenbeschaffenheit, oder gesetzmäßig errichteter, oder seit unvordenklicher Zeit bestehender Anlagen zufloß. Demzufolge hatte der oberhalb belegene Eigenthümer eine besondere Klage — actio aquae pluviae arcendae — zur Beseitigung von Anlagen des Nachbargrundstückes, welche den herkömmlichen Abfluß hemmten, wie umgekehrt dem unterhalb liegenden die gleiche Klage zustand, wenn Anlagen des oberen Grundstücks die Schädlichkeit des Wasserabflusses über das gewöhnliche Maß hinaus mehrten. In Deutschland wurde in früheren Jahrhunderten die Landwirthschaft auf großen Strecken einförmig betrieben, so daß der Landwirth meist nur die Getreidefurchen des Nachbars fortzog und durch sie das Wasser ableitete; unter solchen Verhältnissen war die aus dem römischen Rechte übernommene Verpflichtung für Aufnahme der sogenannten Vorfluth, d. h. der abfließenden Wasser, nicht sonderlich beschwerlich.

2. Das preußische Recht kennt eine derartige allgemeine Verpflichtung zur Aufnahme der Vorfluth nicht. Bei der individuell verschiedenen Bebauung der Grundstücke, wie sie die intensive Landwirthschaft der neueren Zeit mit sich bringt, wäre sie höchst lästig geworden.

a. Dem Unterlieger liegt hiernach nicht ob, das vom Nachbargrundstücke wild ablaufende Wasser, d. h. das durch die atmosphärischen Niederschläge entstehende, ohne festes Gerinne abfließende Tageswasser, aufzuneh-

---

die Mitglieder der Mehrheit fortwährend verpflichten kann. Denn es haftet nicht bloß das Vermögen der Genossenschaft, sondern es sind in zweiter Linie die Genossen persönlich verhaftet. Citirtes Gesetz § 24.

22) Ueber das Verfahren siehe Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883. § 94.

23) Das Gesetz vom 13. Mai 1879 betr. die Errichtung von Landeskulturrentenbanken sucht namentlich Ent- und Bewässerungs-Anlagen zu fördern.

1) L. R. I, 8 § 102 ff. Vorfluthsedikt vom 15. November 1811, über dasselbe siehe Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 2 S. 284. Vgl. auch erneuertes Edikt wegen Vorfluth vom 6. Juli 1773. N. C. C. V, 2 S. 371 ff. Hahn, die preuß. Gesetzgebung über Vorfluth. 2. Aufl. 1886. — Vgl. über gemeines Recht Dernburg Pand. Bd. 1 § 232 und dort Citirte. Die Entwicklung der a. aquae pluviae arcendae beruhte in Rom ursprünglich in der Nothwendigkeit der Ableitung des Wassers, welches, wenn es stehen blieb, die Luft Latiums verpestete und die Landschaft unbewohnbar machte.

men; vielmehr ist er befugt, hiergegen seine Grundstücke zu decken,[2] falls der Oberlieger nicht besonders eine Gerechtigkeit auf den Ablauf erworben hat. Dagegen kann er, sofern ihm nicht ein Untersagungsrecht erworben ist, gegen den Oberlieger wegen des nach der natürlichen Bodenbeschaffenheit zuströmenden Wassers nicht klagen.[3] Andererseits hat er auch an sich kein Recht auf den Zufluß des ihm bisher wild zuströmenden Wassers.[4]

b. Anders steht es mit den Wasserläufen in festen Gerinnen.

Privatflüsse sind, soweit es die Vorfluth fordert, aufzuräumen und zwar von den Ufernachbarn, soweit nicht Statutenrechte oder besondere Rechtstitel andere Personen zur Räumung verpflichten.[5]

Künstliche Wasserzüge — Gräben und Kanäle — durch welche das Wasser seinen gewöhnlichen Lauf nimmt, sind, wenn sie nicht widerrechtlich angelegt werden, in der Regel vom Eigenthümer, über dessen Grundstück sie gehen, zu unterhalten.[6]

Die betheiligten Nachbarn können diese Verpflichtungen, soweit sie dabei interessirt sind, klagend geltend machen. Aber auch die Polizei kann, da öffentliche Interessen, insbesondere der Gesundheitspflege die Erhaltung der Flüsse und Gräben fordern, den Verpflichteten zu derselben anhalten und wenn es streitig ist, wer die Verpflichtung hat, vorläufige Anordnungen treffen.

---

2) L. R. I, 8 § 102. Vgl. aber auch § 103 ff. unten Anm. 9.

3) Der Unterlieger kann negatorisch klagen, wenn ihm das Wasser in außergewöhnlich belästigender Weise, insbesondere durch Anlage von Gräben bisher nicht gewöhnlicher Art, zugeführt wird. Vgl. R. G. Bd. 24 S. 215, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 404. Reißt das Wasser selbst einen solchen Graben auf dem oberhalb belegenen Grundstücke, so wird der Unterlieger mindestens fordern dürfen, daß er ihn wieder zuwerfen darf. Vgl. l. 2 § 6 D. de aqua 39, 3. Gruchot Bd. 6 S. 273 ff. — Gegen Ablaufen der Dachtraufe vom Nachbargrundstück hat man ein Untersagungsrecht L. R. I, 8 § 189.

4) l. 1 § 11 D. de aqua 39, 3. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 273. Vgl. auch oben § 253 bei Ziff. 1.

5) Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 § 7 Abs. 1. L. R. I, 8 § 99 verlangt nur, daß die Uferbesitzer den Ablauf nicht zum Nachtheil der Nachbarn hemmen.

6) L. R. I, 8 § 100. 101, vgl. l. 2 § 4 D. de aqua 39, 3. Die Pflicht besteht nicht bloß für Kanäle, die seit unvordenklicher Zeit bestanden, sondern auch für solche, welche der Eigenthümer in nachweisbarer Zeit bloß zu seinem Vortheil anlegte, sofern Dritte oder das Gemeinwesen bei ihrer Unterhaltung interessirt sind, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 963. Sie betrifft Kanäle in Städten wie auf dem Lande, Gruchot Bd. 26 S. 416. Veränderungen des Grabensystems sind zulässig, wenn sie die Interessen Dritter nicht wesentlich schädigen. Entsch. des O. Trib. Bd. 43 S. 69. Die Unterhaltungspflicht schließt die Wiederherstellung verfallener oder verschütteter Gräben in sich, dieselben seien denn längere Zeit außer Gebrauch, so daß sie dem „gewöhnlichen Ablauf des Wassers" nicht mehr dienen. Ueber die Länge der Zeit befindet richterliches Ermessen. Die Pflicht liegt dem Eigenthümer des Kanales, nicht bloß Ufernachbarn ob, Striethorst Archiv Bd. 74 S. 1. — Ueber Tieferlegung der Gräben siehe Niederding-Frank S. 126 und R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 938. — Mühlgräben sind je nach ihrer Beschaffenheit Kanäle oder Privatflüsse.

Streitigkeiten über die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Erhaltung des Wasserlaufs sind im Verwaltungsstreitverfahren auszutragen.[7]

c. Die Entwässerung landwirthschaftlich benutzter Grundstücke[8] ist besonders begünstigt.

Der oberhalb liegende Besitzer, welcher das Tageswasser durch Anlagen auf eigenem Grund und Boden nicht ableiten kann, hat im Interesse der Bodenkultur den Anspruch, dasselbe über das tiefer liegende Nachbargrundstück abzuführen, wenn es entweder von dort weiter abgeleitet werden kann oder im Fall dies unmöglich wäre, wenn der Vortheil des obliegenden Grundstückes den Schaden der unteren Grundstücke beträchtlich überwiegt, dies Alles aber nur gegen Entschädigung.[9] Anlage, Unterhaltung und Räumung der für die Abführung des Wassers nothwendigen Gräben treffen den, dessen Vorfluth sie dienen.[10]

Auch zu Entwässerungsanlagen behufs Ableitung stehender Gewässer, für welche überwiegende Interessen der Landeskultur sprechen, kann deren Eigenthümer gegen Entschädigung fremde Grundstücke in Anspruch nehmen.[11]

Die Entfernung oder Einschränkung von Stauwerken darf gegen Entschädigung verlangt werden, wenn sie im überwiegenden Interesse der Landeskultur oder der Schifffahrt liegt.[12]

Ueber die Zulässigkeit der Vornahme von Entwässerungsanlagen in den gedachten Fällen und über deren Gestaltung entscheidet der Kreisausschuß durch Beschluß, gegen welchen das Verwaltungsstreitverfahren offen steht, hingegen über die Höhe der Entschädigung Schiedsrichter.[13] [14]

---

7) Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 66, insbesondere Absatz 3.

8) Die bezüglichen Bestimmungen haben keine Anwendung auf Gebäudegrundstücke nach Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 33, aber vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 416.

9) L. R. I, 8 § 103 ff. Es kann dies durch Anlage neuer oder Erweiterung älterer Wasserzüge geschehen.

10) L. R. I, 8 §§ 106. 107.

11) Vorfluthsedikt vom 15. November 1811 § 15 ff. Hierhergehörende Fälle sind, wenn durch Abführung eines Sumpfes, Teiches, Sees kulturfähiger Boden gewonnen oder anstoßende Grundstücke vor kulturschädlicher Nässe bewahrt werden.

12) Vorfluthsedikt § 11. Für Industrie und Bergbau besteht ein gleiches Recht nicht. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 873.

13) Vorfluthsedikt § 16 ff. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 68 ff. Dieses Gesetz bestimmt im § 68, daß das schiedsrichterliche Verfahren des Vorfluthediktes auf die Fälle von L. R. I, 8 §§ 103—109 und 113—116 Anwendung finde. Der Unternehmer einer Entwässerungsanlage kann nach § 1 des Ges. vom 23. Januar 1846 ein Aufgebots- und Ausschließungsverfahren betreffs etwaiger Widerspruchsrechte und Enschädigungsansprüche beantragen.

14) Ueber die Genossenschaften zur Entwässerung, vgl. oben § 253 Ziff. 5.

§ 255. Wassermühlen.

1. In öffentlichen Flüssen können Mühlen nur auf Grund staatlicher Verleihung angelegt und gehalten werden.[1] Dagegen hat in Privatflüssen an und für sich jeder Flußanlieger ein Recht zur Errichtung von Wassermühlen.[2] Doch ist im Interesse der übrigen Flußanlieger und des Publikums polizeiliche Genehmigung zu Stauanlagen für Wassertriebwerke, insbesondere für Mühlen, allgemein erfordert.[3]

2. Die wichtigste Frage des Mühlenrechtes, ob der Besitzer der oberhalb belegenen Grundstücke dem Wassermüller durch Bewässerung oder andere Anlagen das zum Betriebe der Mühle nöthige Wasser entziehen dürfe, ist gemeinrechtlich sehr bestritten. Während einige Juristen die Frage um deswillen bejahten, weil der Besitzer des oberen Grundstückes sich nur seines Rechtes bediene,[4] ging die überwiegende Meinung im Interesse des Mühlengewerbes dahin, daß kein Flußanlieger befugt sei, das Wasser eines Mühlbaches so abzuleiten oder zu stauen, daß dadurch der bisherige Betrieb der Mühle gehindert werde.[5] Diese Auffassung ist in das preußische Recht übergegangen.[6] Gesichert ist also der Müller in

1) L. R. II, 15 § 229 ff. Vgl. oben § 252.

2) Dies erkannte bereits an L. R. II, 15 §§ 233 ff. Provinzialrechtlich bestand jedoch meistens andere Bestimmungen, wie dies auch die Fassung des § 233 andeutet, so daß nicht selten die Befugniß, Mühlen anzulegen, ein Regal war, mit welchem in der Regel die Gutsherrschaften als beliehen galten. Außerdem widersprach dem Prinzip des § 233 das Bannrecht entgegen, welches den meisten fiskalischen und gutsherrlichen Mühlen zustand. Dazu kamen die Vorschriften von L. R. II, 15 §§ 234 bis 242, welche den bestehenden Mühlen, deren Nahrungsstand bedroht schien, ein Widerspruchsrecht gegen Neuanlagen von Mühlen gaben. Dieser Rechtszustand wurde zuerst durch die Edikte vom 29. März 1808 und 28. Oktober 1810 im Sinne der Freiheit der Errichtung von Mühlen geändert.

3) Reichs-Gewerbeordnung §§ 16. 23. Die Genehmigung ist zur bezüglichen Stauanlage einzuholen, auch wenn das Wassertriebwerk noch nicht eingerichtet ist. Unterlassung macht straffällig, R. Ger. O. § 147 Ziff. 2. R. G. in Strafsachen Bd. 1 S. 103. Baumert Unzulänglichkeit d. Wassergesetze 1876 S. 20 rügt, daß eine entsprechende Bestimmung für andere Stauanlagen, insbesondere zu landwirthschaftlichen Zwecken, fehlt.

4) Vgl. Holzschuher Casuistik Bd. 2 § 95 Fr. 3, ferner ein Urtheil der Heidelberger Juristenfakultät bei Emminghaus Pandekten des sächs. Rechtes S. 192.

5) Bülow und Hagemann Erört. Bd. 1 n. 4. Man stützte sich auf die Gemeinschaft der Wassernutzungen unter den Flußanliegern, und auf den Satz, daß in pari causa prohibentis conditio melior sei.

6) L. R. II, 15 § 246 bestimmt: „einer schon vorhandenen Mühle darf ein Nachbar, durch dessen Grundstücke das zu ihrem Betriebe nöthige Wasser fließt, dasselbe nicht entziehen (Th. 1 Tit. 22 § 3).“ Es liegt hierin eine dem Nachbarrecht zugehörige Legalservitut R. G. Bd. 13. S. 57. Unter Nachbarn sind aber nicht bloß Eigenthümer unmittelbar anstoßender Grundstücke zu verstehen, vgl. R. G. Bd. 26 S. 299, auch ist keineswegs anzunehmen, daß bloß die zur Zeit des Inkrafttretens des L. R. „schon vorhandenen“ Mühlen gesichert werden sollten. Der Schutz erstreckt sich nicht bloß auf Getreidemühlen, sondern auf Wassertriebwerke zu Industriezwecken überhaupt. Das Gesetz vom 28. Februar 1843 § 16 gewährleistete, sich hieran anschließend, den Triebwerken

seinem bisherigen Betrieb, ohne daß er des Nachweises eines Rechtes zu denselben bedarf.[7] Natürlich steht aber dem Uferbesitzer, welcher Wasser für sich ableitet, der Nachweis frei, daß der Betrieb des Müllers das durch besondere Titel festgesetzte Maß seiner Berechtigung überschreitet und hat andererseits der Müller dann Anspruch auf weitergehenden Rechtsschutz, wenn er eine über den bisherigen Betrieb hinausgehende Berechtigung nachweist.

3. Jeder Interessent hat das Recht, zu fordern, daß die Stauhöhe, bis zu welcher der Müller das Wasser zu stauen berechtigt oder auch verpflichtet ist, durch einen „Merkpfahl" äußerlich sichtbar festgestellt werde, falls ein solcher noch nicht unter obrigkeitlicher Aufsicht gesetzt ist. Das Feststellungsverfahren erfolgt durch Kommissarien des Kreisausschusses auf Kosten des Antragstellers nach Ladung aller Betheiligten.[8] [9] Steht die Höhe des Staurechts durch Anerkenntniß, rechtskräftiges Erkenntniß oder in anderer Weise fest, so handelt es sich nur um dessen Kenntlichmachung durch den Merkpfahl. Ist aber über die Höhe Streit, und stützt sich ein Theil auf besondere Rechtstitel, z. B. Vertrag, Verleihung, Verjährung, so hat derselbe hierüber eine Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren herbeizuführen,

---

Schutz gegen die Benutzung des Wassers durch die Uferbesitzer nicht blos im Fall eines besonderen Rechtstitels, sondern auch hiervon abgesehen, bei Entziehung des zum Betrieb nöthigen Wassers; es versagte denselben aber denjenigen, welche inskünftige ein Triebwerk anlegten oder erweiterten, ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht zu haben. Was ist hierunter zu verstehen? Genügt bloße obrigkeitliche Genehmigung des Triebwerks? So unsere früheren Anschauungen, dagegen aber R. G. Bd. 26 S, 292 und dort Citirte.

7) Der Grundsatz reicht nicht aus und hat keine Anwendung, wenn zwei Mühlen in Streit um das einer jeden zum Betriebe nothwendige Wasser kommen. Daher kann der obere Müller, soweit dies durch das Bedürfniß seines bisherigen Betriebes erfordert ist, das Wasser stauen und ansammeln, wenn auch dadurch der tiefergelegenen Mühle Schaden geschieht, vorausgesetzt, daß diese nicht ein besonderes Untersagungsrecht hat. Vgl. Langen und Kori Erört. Bd. 2 S. 116 ff. Emminghaus Pandekten des sächs. Rechtes S. 194 n. 17.

8) Vgl. Gesetz vom 15. November 1811 §§ 1—9. Entsch. des O. V. G. Bd. 3 S. 214. Nach § 67 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 findet die früher erforderte Zuziehung des Gerichtes nicht mehr statt. Nach Kam. Ger. Bd. 2 S. 284 kann die Merkpfahlsetzung nur von den oberhalb des Stauwerks liegenden Grundbesitzern beantragt werden.

9) Nach L. R. II, 15 § 243 dürfen Erhöhungen des Fachbaums und Veränderungen des Sicherpfahls nur unter Aufsicht der Landespolizei mit Zuziehung der benachbarten Interessenten, und nur soweit es diesen unschädlich ist, vorgenommen werden; bewegliche Aufsätze auf dem Fachbaum sind nach § 244 gestattet, sofern den Flußanliegern hieraus kein Nachtheil erwächst. Gleichwohl findet im Fall der Zuwiderhandlung gegen § 243 ein privates Klagrecht auf Wiederherstellung des frühern Wasserstandes nur statt, wenn dasselbe auf eine bereits früher erfolgte Feststellung des Wasserstandes durch die Landespolizei oder durch Verträge, Verleihung, Judikate oder Verjährung gegründet werden kann. So Präj. des O. Trib. n. 906. Dies Klagrecht kann durch Verjährung beseitigt werden, es steht dem das Verbot von L. R. II, 15 §§ 243 nicht entgegen. Striethorst, Archiv Bd. 97 S. 152.

inzwischen kann der Kreisausschuß den Wasserstand erforderlichen Falles vorläufig feststellen. In Ermangelung rechtsverbindlicher deutlicher Titel setzen die Kommissare den Wasserstand fest. Dabei sollen die Interessen der Mühlenbesitzer und der Landwirthschaft möglichst gleichmäßig berücksichtigt werden. Gegen die Festsetzung steht Klage beim Kreisausschuß offen.[10] [11]

§ 256. Das Flußufer.

Das Flußufer wird durch den an das Bett des Flusses stoßenden Grenzraum gebildet; und zwar bestimmt sich die Grenze durch den gewöhnlichen d. h. den mittleren, Wasserstand des Flusses, wogegen bloße, wenn auch häufige Ueberschwemmungen das durch jenen Wasserstand bestimmte Bett nicht verändern, daher die Ufer nicht verlegen.[1]

a. Besonderen rechtlichen Bestimmungen unterliegen die Ufer öffentlicher Flüsse. Zwar sind dieselben Bestandtheil der angrenzenden Grundstücke und deren Eigenthümern zugehörig.[2] Jedoch ruht auf ihnen die gesetzliche Last des Leinpfades zu den Zwecken der Schifffahrt, wonach der Ufereigenthümer die Benutzung eines bestehenden Pfades nicht hindern, und sich der staatlichen Einrichtung eines bisher nicht begangenen Leinpfades nicht widersetzen darf, und zwar ohne daß ihm Entschädigung zu Theil wird.[3] Auch muß er sich in Nothfällen das Anlanden der Schiffe und das Ausladen der Ladung, dann aber gegen Entschädigung, gefallen lassen.[4] Eine weitere öffentliche Last ist die dem Ufereigenthümer obliegende Verpflichtung zur ordinären Uferbefestigung, zu der er seinerseits aber auch berechtigt ist.[5] [6]

---

10) Ob auch über Widerstreit der Ansprüche mehrerer Stauungsberechtigter die Verwaltungsbehörden zu entscheiden haben, ist bestritten. Das Obertribunal, Plen. Besch. vom 8. Januar 1849. Entsch. Bd. 17 S. 73. hat die Entscheidung dieser Behörden auf den Widerstreit landwirthschaftlicher Interessen mit denen des Stauberechtigten beschränkt. Anders die Verwaltungsbehörden. Baumert a. a. O. S. 29.

11) Vgl. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 67 Abs. 2. Ueber das Recht auf Beseitigung von Stauwerken gegen Entschädigung behufs der Entwässerung oder der Schifffahrt vgl. oben § 254 Anm. 12.

1) R. G. Bd. 4 S. 261 vgl. L. R. I, 9 § 242, § 248, oben § 237 Anm. 5 und § 253 Anm. 1.

2) L. R. II, 15 § 55.

3) L. R. II, 15 § 57. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 374 ff. Nach römischem Rechte standen die Ufer ohne weiteres der öffentlichen Benutzung offen, § 4 J. de rer. div. 2, 1. Nach preußischem Recht muß ein Leinpfad observanzmäßig oder staatlich eingerichtet sein, damit der Eigenthümer, von Nothfällen abgesehen, das Betreten seiner Ufer dulden muß.

4) Vgl. L. R. II, 15 §§ 57. 58.

5) L. R. II, 15 § 63. I, 9 § 239 ff. Das Gesetz über die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883 § 3 verpflichtet die Uferbesitzer, die Einräumung der Benutzung des Grund und Bodens gegen Entschädigung behufs Anlagen von Stromregulirungswerken, sowie die Entnahme von Erde zu gestatten.

b. An **Privatflüssen** kann der Staat den Ufergebrauch nur gegen Entschädigung, z. B. im Interesse der Flößerei, in Anspruch nehmen.[7] Auch liegt hier dem Ufereigenthümer eine öffentlichrechtliche Pflicht zur Uferbefestigung nicht ob.[8]

§ 257. Von den öffentlichen Wegen.

Die Hauptadern des öffentlichen Verkehrs sind derzeit die Eisenbahnen, welche in Vollbahnen, Sekundär- oder Mittelbahnen, und in Kleinbahnen zerfallen. Sie unterstehen einem besonderen Rechte und sind hier nicht zu behandeln.[1]

Dem öffentlichen Verkehr dienen ferner die Land- und Heerstraßen sowie die Gemeindewege.[2]

1. **Land- oder Heerstraßen sind Wege, welche die Verbindung der Städte unter sich oder mit den Hauptströmen, oder mit dem Meere, oder mit der Landesgrenze in einer dem großen Verkehr dienlichen Verfassung unterhalten.**[3] Eine besondere Art bilden die Chausseen oder Kunststraßen.[4]

Die Land- und Heerstraßen erklärt das Landrecht als „gemeines Eigenthum" des Staates.[5] Derzeit aber hat der preußische Staat im Interesse der Decentralisation und mit Rücksicht auf die durch den Eisenbahnbau eingetretene Minderung ihrer Bedeutung das Eigenthum seiner Chausseen mit Inbegriff der Chausseewärter- und Einnehmerhäuser nebst allen Nutzungen und

---

6) Vgl. auch Tit. Dig. de ripa munienda 43, 15.

7) L. R. II, 15 §§ 42 ff. Gesetz vom 28. Februar 1843 § 8 ff., oben § 253 Anm. 18.

8) L. R. II, 15 § 63 bezieht sich bloß auf Ströme, d. h. öffentliche Flüsse.

1) Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838, über die Kleinbahnen vom 28. Juli 1892, Endemann, Eisenbahnrecht 1886. Eger desgl. 1886 ff.

2) L. R. II. 15. Reinhard in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 24. — Nicht wesentlich ist, daß der Weg dem Verkehr **unbeschränkt** dient. Es giebt öffentliche Wege, welche nur bestimmten Arten des Verkehrs dienen, z. B. als Fuß- oder Reitwege, oder bestimmten Zwecken, z. B. als Kirch- oder Schulwege. Entsch. des O. V. W. Ger. Bd. 12 S. 282.

3) L. R. II, 15 § 1. l. 3 § 1 D. de locis et itineribus publicis 43, 7 viae militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica aut ad aliam viam militarem habent. Die Straße hat also den Charakter als Landstraße in Folge ihrer Bestimmung, auch ohne daß eine ausdrückliche Erklärung des Staates ihr denselben giebt. Entsch. d. O. V. W. G. Bd. 5 S. 236. Erklärt jedoch der Staat, daß eine Straße — etwa nach Errichtung einer neuen — den Charakter als Landstraße nicht mehr haben soll, so verliert sie denselben, unten Anm. 11. Anders Simon Rechtssprüche Bd. 4 S. 166 ff. Striethorst Archiv Bd. 41 S. 86 ff. — **Oeffentliche Wege können im Eigenthum von Privaten stehen**, oben § 67 bei Anm. 12.

4) Erforderlich ist, daß sie den für **Chausseen** bestimmten gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen unterstellt sind. Entsch. des O. V. W. G. Bd. 9 S. 161.

5) L. R. II, 14 § 21.

einer Dotation, dagegen aber auch mit der Auflage der Verwaltung und der Unterhaltung der Straßen den Provinzen, in einigen Landestheilen anderen Kommunalverbänden übertragen.[6] Außerdem kommen Chausseen anderer Korporationen, z. B. der Kreise und selbst bloßer Aktiengesellschaften oder zu diesem Zweck gebildeter Verbände von Interessenten auf Grund staatlicher Genehmigung vor.

Bezüglich der Landstraßen wie der Chausseen hat der Straßenherr die Unterhaltungspflicht,[7] ihm fallen aber als Eigenthümer auch die Nutzungen zu, z. B. Baumertrag,[8] Graswuchs, Straßendünger, Marktstandsgelder und Abgaben von Perde- oder elektrischen Bahngesellschaften,[9] welche die Straßen in Anspruch nehmen.

2. Gemeindewege sind vor Allem diejenigen, welche dem öffentlichen Verkehr innerhalb einer Gemeinde oder eines Gutsbezirks dienen. Aber auch Kommunikationswege sind hierher zu zählen, d. h. Wege mit der Bestimmung, die Verbindung zweier oder mehrerer Gemeinden zu unterhalten. Die Nutzung, wie die Unterhaltungspflicht kommt auch bei Gemeindewegen an sich deren Eigenthümer, der Gemeinde oder dem Gutsherrn, zu, doch liegt die Unterhaltungspflicht häufig nach Herkommen oder besonderen Titeln Anderen ob.

Wege erhalten die öffentliche Eigenschaft dadurch, daß der Staat oder eine Kommune eine Landstraße, oder daß sie einen Gemeindeweg herstellen und dem Publikum zum Gebrauch überlassen, ferner dadurch, daß sie die Widmung einer Privaten gehörenden Straße zum Gemeingebrauch genehmigen.[10][11] Der Weg verliert den Charakter als öffentlicher, wenn ihm der

---

6) Gesetz vom 8. Juli 1875 wegen der Dotation der Provinzial- und Kreisverbände § 18 ff.

7) L. R. II, 15 §§ 11, 12. Ueber die Befugnisse der Wegepolizei in dieser Hinsicht vgl. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 55, vgl. ferner R. G. in Straff. Bd. 19 S. 314.

8) L. R. I, 15 § 8. Nach §§ 9 und 10 kommen jedoch die Nutzungen der an den Landstraßen gepflanzten Bäume dem Anlieger zu Gute, welcher sie gepflanzt, und wenn sie ein Anderer zu unterhalten hat, dem Unterhaltungsverpflichteten. — Das Obertribunal hat, Entsch. Bd. 77 S. 275 ff., auch bezüglich bloßer Kommunikationswege angenommen, daß demjenigen die Nutzung der Bäume gebühre, welcher sie zu unterhalten habe. Dies nach Analogie, und dem Grundsatze, daß der entsprechende Vortheil dem gebührt, welcher einen Nachtheil zu tragen hat.

9) R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 689.

10) Ueber Ersitzung vgl. oben § 53 Anm. 11, siehe auch Kam. Ger. S. 268.

11) Ueber den Streit, ob ein Weg öffentlicher oder Privatweg ist, erfolgt die Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren. Wird in ihm der Weg für öffentlich erklärt, so steht dem Unterliegenden, welcher rechtliche Ansprüche auf den Weg geltend macht, nur Klage auf Entschädigung im ordentlichen Rechtswege nach Maßgabe des § 2 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 offen. Zuständigkeitsgesetz § 56 Abs. 8. Ein

Staat oder die Gemeinde die Bestimmung, für den öffentlichen Verkehr zu dienen, — und zwar nicht bloß vorübergehend — entzieht.[12]

Der Gemeingebrauch öffentlicher Straßen zum Gehen, Reiten, Fahren steht Jedem offen, nicht minder die Benutzung geeigneter Straßen und Plätze als Haltestellen für Fuhrwerk, Droschken, Omnibus. Der Straßenherr muß sie dulden, ohne hierfür besondere Abgaben erheben zu dürfen.[13] Die nähere Bestimmung liegt der Straßenpolizei ob.

Die Sorge für den ungestörten und freien Verkehr auf den öffentlichen Wegen, für die Beseitigung störender Anlagen, überhaupt für die Sicherung des Verkehres ist öffentlichrechtliche Pflicht des Straßenherrn wie auch der Wegepolizei.[14] Auch können die Beamten, welche durch grobes oder mäßiges Versehen in dieser Hinsicht Beschädigung eines Privaten herbeigeführt haben, im ordentlichen Rechtswege auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.[15] Sind aber Private, welche am Gebrauch öffentlicher Wege durch Anlagen und Maßnahmen Dritter gehindert werden, im Stande, gegen diese auf Beseitigung und Entschädigung zu klagen? Bekanntlich kennt das römische Recht Interdikte, durch welche jeder Private den Gemeingebrauch störende, ohne staatliche Genehmigung auf öffentlichen Wegen errichtete, Anlagen hindern und ihre Beseitigung erwirken konnte.[16] Das Landrecht hat dies nicht aufgenommen.[17] Doch wird man wenigstens eine Schadensersatzklage gegen denjenigen, welcher ohne Verstattung der Obrigkeit, oder sie mißbrauchend, absichtlich oder fahrlässig den freien Verkehr störte, dem Beschädigten nicht verweigern, so daß z. B. die Anlieger einer öffentlichen Straße gegen eine Eisenbahngesellschaft klagberechtigt sind, welche die Arbeiten zur Ueber-

---

Weg, welcher unstreitig Privatweg ist, kann zwangsweise die Eigenschaft eines öffentlichen nur im Enteignungsverfahren erhalten. Vgl. Entsch. des O. V. G. Bd. 12 S. 268, § 3 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874.

12) Vgl. oben § 67 bei Anm. 9.

13) L. R. II, 15 § 7, vgl. § 25 das., R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 420, siehe aber auch daselbst Bd. 29 S. 690.

14) Vgl. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 55 ff.

15) L. R. II, 15 § 12 macht hiervon eine einzelne Anwendung. Vgl. übrigens auch L. R. I, 8 § 73. Siehe ferner R. G. im J. M. Bl. 1882 S. 302.

16) l. 2 pr. u. ff. D. ne quid in loco publico fiat 43, 8.

17) Vgl. oben § 67 Anm. 15. Das Präjudiz des O. Trib. n. 1871 erkennt an, daß auch ein einzelnes Mitglied einer Gemeine, welches in der Benutzung eines Kommunalweges gestört werde, befugt ist, das diesfällige Recht im Rechtsweg geltend zu machen. Abgesehen von diesem Fall läßt die Praxis Klage der Privaten zur Vertheidigung eines öffentlichen Weges nicht zu. Namentlich erachtet das Oberverwaltungsgericht, insbesondere Entsch. Bd. 2 S. 234, Bd. 3 S. 186 ff., — daß die Erhaltung und der Schutz der öffentlichen Kommunikationswege lediglich Sache der Polizeibehörde sei und nicht dem unbestimmten Kreise derjenigen zustehe, welche auf Benutzung der öffentlichen Wege angewiesen sind. Es sieht daher nur den Amtsvorsteher als befugt an, das Verwaltungsstreitverfahren in Anregung zu bringen. Ebenso Entsch. des R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 508.

führung des Bahnkörpers über jene Straße fahrlässigerweise verzögert und damit über Gebühr den für die Kläger nöthigen Verkehr stört.

Kann auch gegen den Straßenherrn geklagt werden, wenn derselbe durch Verlegung der Straße, durch deren Erhöhung oder Erniedrigung, oder durch andere Anlagen die Ein- und Ausfahrt der Straßenanlieger hindert oder wesentlich erschwert? Nach römischem Recht fehlt es an solchem Klagerecht, da der Staat das freie Verfügungsrecht über die ihm gehörigen Straßen hat. Für dasselbe sprechen aber wirthschaftliche Erwägungen und Billigkeitsgründe, da man sich an der öffentlichen Straße in Erwartung ihres unveränderten Fortbestandes anzubauen pflegt. Die Möglichkeit des Einspruches im Verwaltungsstreitverfahren kann nicht genügen, da in diesem die öffentlichen und allgemeinen Interessen die maßgebenden sind. Deshalb hat sich die neuere Rechtsprechung überwiegend für die Entschädigungspflicht, mindestens bei Verlegung von Stadt- und Dorfstraßen ausgesprochen. So die französische und überwiegend die gemeinrechtliche Rechtsprechung.[18] Die preußische Jurisprudenz hat die Entschädigungspflicht bei Veränderungen von Stadt- und Dorfstraßen bejaht, verneint sie aber im Fall der Veränderung anderer öffentlicher Wege,[19] und versagt sie auch, wenn ein Fluß zur regelmäßigen Kommunikation diente.[20]

---

18) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 7 n. 184, Bd. 18 n. 141, Bd. 22 n. 144. Eine entgegengesetzte gemeinrechtliche Entscheidung des R. G. findet sich Bd. 3 S. 171. Sie ist sicher nicht zu billigen. Vgl. auch R. G. Bd. 6 S. 160 und Bd. 10 S. 272.

19) So Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 1 ff. R. G. Bd. 7 S. 213, dazu R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 893, R. G. Bd. 24 S. 247, Bd. 25 S. 242, sowie R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 684 und andererseits R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1049, Bd. 32 S. 699, wo die Entschädigungspflicht wegen Verlegung von Landstraßen auf Grund von L. R. II, 15 § 4—6, § 18—22 abgelehnt wird.

20) R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 676. Allerdings geschieht dies nicht vorbehaltlos.

Dritter Abschnitt.

Das Bergwerkseigenthum.[1]

I. Einleitung.

§ 258. Geschichtliches.[2]

Seit dem Mittelalter behandelt man die Befugniß zur Gewinnung bergmännischer Mineralien nicht, wie die Römer thaten,[3] als Ausfluß des Eigenthumsrechtes an dem sie bergenden Boden, — dem „Gebirge“ — sondern als selbständiges Recht. Seinen Grund hat dies darin, daß der Bergbau zu gedeihlichem Betrieb andere Neigungen und Anlagen voraussetzt und fordert, als die Kultur der Erdoberfläche, daß er ferner für sich allein die volle Kraft des Unternehmers in Anspruch nimmt, daß er endlich wenigstens im Fall des unterirdischen Betriebes — „unter Tage“ — dem Bergmann auch äußerlich einen gesonderten Kreis des Schaffens und Wirkens eröffnet.

---

1) Hauptquelle ist jetzt das allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, im Folgenden citirt als A. B. G. Dazu die Novelle vom 24. Juni 1892. Für die früher verliehenen Bergwerke kommen die Provinzialbergordnungen (namentlich die revidirten Bergordnungen Friedrichs des Großen für Cleve, Mörs und Mark, für Schlesien, für Magdeburg) und L. R. II, 16 §§ 6, 69—480 noch in Betracht. Litteratur: H. Brassert, das Bergrecht des allgemeinen preußischen Landrechts in seinen Materialien, Bonn 1861, die Kommentare des Berggesetzes vom 24. Juni 1865, unter welchen der von Arndt 2. Aufl. 1888, — dazu Arndt Berggesetz in seiner jetzigen Fassung, 1892 — neben Brassert 1888 für den Juristen der brauchbarste ist; Klostermann: Lehrbuch des preußischen Bergrechts 1871, vorzüglich aber Achenbach, das gemeine deutsche Bergrecht, in Verbindung mit dem preußischen Bergrechte 1871, 1 Bd., die allgemeinen Lehren; Brassert, Zeitschrift für Bergrecht, bis jetzt 33 Bde., Daubenspeck, bergrechtliche Entsch. des R. G. 1893; — Erklärung der zwar deutschen, aber dem Laien fremden Kunstausdrücke giebt das deutsche Bergwörterbuch von Veith, Breslau 1870.

2) Karsten, über den Ursprung des Bergregals in Deutschland, Berlin 1844, Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 68 ff. Vgl. auch Arndt, Geschichte und Theorie des Bergregals 1879.

3) Nach der Regel des römischen Rechtes hatte der Grundeigenthümer das ausschließliche Gewinnungsrecht der in seinem Boden lagernden Mineralien. Nur nach örtlichen Gewohnheiten war es Dritten ohne des Grundeigenthümers Willen gestattet, gewisse Fossilien, namentlich Marmor, gegen eine Bodenabgabe auf dessen Grundstück zu gewinnen. l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4. In l. 3 C. de metallariis 11, 6 wird dies Bergrecht nicht zu gemeinem Recht gemacht, sondern nur die regelmäßige Höhe der Bodenabgabe für den Fall einer solchen Gewohnheit normirt. Anderer Ansicht Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 22 und die meisten Neueren. Bezüglich der lex metalli Vipascensis siehe Willmans in der Zeitschrift für Bergrecht Bd. 19 n. 2.

1. In den Anfängen des deutschen Bergbaues, als der Betrieb weder kunstmäßig noch tiefgehend geschah, machte sich dies weniger geltend; daher denn auch im älteren deutschen Rechte die Bergwerke noch als Zubehör der Grundstücke galten, in welchen sie sich fanden.[4] Mit der Entwickelung eines kunstgerechten Bergbaues aber und mit der Bildung eines eigenen Bergmannstandes ging Hand in Hand die Bergbaufreiheit, d. h. das Recht, in fremdem Grund ohne Bewilligung des Grundeigenthümers Bergbau zu treiben. Der Gedanke der Bergbaufreiheit mag zunächst bei dem Bergbau in den ungetheilten Marken und Forsten Platz gegriffen haben.[5] Jedenfalls aber nahmen die Bergleute früh auch in Privatgrundstücken den freien Bau bergmännischer Funde in Anspruch.[6]

Durch die Regalität, welche von Kaiser Friedrich I. zunächst für Italien bezüglich der wichtigeren Arten der Bergwerke festgestellt wurde[7] und auch in Deutschland allmählig, und zwar zu Gunsten der Landesherren zur Anerkennung kam, erfuhr die Bergbaufreiheit einerseits Zurückdrängung, andererseits Förderung. Den Grundeigenthümern gegenüber diente nämlich die Regalität dazu, die Bergbaufreiheit zu sichern,[8] indem die Unternehmer sich von den Landesherren mit ihren bergmännischen Funden beleihen ließen. Hingegen den Regalherren gegenüber beschränkte die Regalität die Bergbaufreiheit. Denn kraft der Regalität behielt sich ihr Inhaber, der Bergherr, häufig gewisse Bergwerksfelder zum eigenen Baue unter Ausschließung der Bergbaufreiheit vor. Desgleichen konnte er kraft derselben die Bergwerkfelder anderer Form und Größe und unter anderen Voraussetzungen, als die Bergwerksordnung für die Regel vorschrieb, verleihen, namentlich auch das Bergbaurecht für größere Distrikte zugestehen — Distriktsverleihung.[9] Außerdem begründete man durch die Regalität den Anspruch des Bergherrn auf eine hohe Besteuerung des Bergbaues, namentlich auf Bergzehnten.[10] Schließlich knüpfte sich an dieselbe das sogenannte Direktionsprincip, welches die Leitung des Bergwerksbetriebes in die Hand einer Bergbehörde gab, so daß diese auch bei den Privatgruben die Arbeiter anstellte, deren Lohn bemaß, Art und Umfang des Betriebes regulirte, die Festsetzung der Preise der

4) Sachsenspiegel I, Art. 35 § 2.

5) Dies führt aus Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 69 ff.

6) Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 37 ff.

7) In der Konstitution vom Jahre 1158, aufgenommen in II. feud. 56.

8) Vgl. Achenbach a. a. O. S. 98.

9) Achenbach a. a. O. S. 219 ff.

10) Für denselben gab einen Anhalt das römische Recht in l. 3 C. de metallariis 11, 6. Ueber den landrechtlichen Zustand vgl. A. L. R. II, 16, § 98 ff.

Bergwerksprodukte, endlich den Betrag des zu vertheilenden Gewinns — der Ausbeute — und das Maß der Beiträge der Miteigenthümer des Bergwerkes — der Zubuße — bestimmte.[11]

2. Die so sich bildende Mischung von Regalität und Bergwerksfreiheit hatte, den wirthschaftlichen Bedürfnissen des vorigen Jahrhunderts entsprechend, in den provinziellen Bergordnungen Preußens, wie auch in dem subsidiär neben ihnen geltenden preußischen allgemeinen Landrecht Aufnahme und Ausbildung gefunden.[12] Mit der neueren Entwickelung des Bergwesens aber waren die älteren Ordnungen unverträglich. Die bergmännische Produktion, welche sich in ungeahntem Maße steigerte, verlangte vielmehr Selbstverwaltung, freie Konkurrenz, ungehinderte Spekulation. Daher hat zunächst eine Uebergangsgesetzgebung seit dem Jahre 1851 die Rechtsverhältnisse im Einzelnen stufenweise neu geordnet, die erdrückende Besteuerung gemindert,[13] und die Leitung des Betriebes in die Hände der privaten Grubenbesitzer selbst gelegt,[14] so daß die Bergbehörde seitdem nur die Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen hat.

Bergbehörden sind die Revierbeamten als erste Instanz, die Oberbergämter als Aufsichts- und Rekursinstanz für die Revierbeamten, schließlich der Minister der öffentlichen Arbeiten.

Die Bergpolizei wird theils durch allgemeine Polizeiverordnungen, theils durch polizeiliche Verfügungen für einzelne Fälle ausgeübt.

3. Ihren Abschluß fand die Umgestaltung durch das allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865,[15] welches mit dem 1. Oktober desselben Jahres für den ganzen Umfang der Monarchie an Stelle der örtlichen wie der allgemeinen Berggesetze in Kraft trat.[16] Durch

---

11) Vgl. L. R. II 16, § 307, Klostermann Lehrbuch S. 34.

12) Ueber das Direktionsprinzip vgl. insbesondere L. R. II, 16 §§ 82, 274, 300, 307, 315. Hiernach hinderte man z. B. die Eröffnung neuer Tiefbaue, weil der Tiefbau benachbarter Gruben zur Versorgung des Marktes genüge, und regelte die Preise von günstiger gelegenen Gruben höher, um den Absatz ungünstiger gelegener Gruben nicht zu erdrücken.

13) Ueber diese Gesetzgebung siehe Klostermann Lehrbuch S. 466 ff.

14) Es gehören hierher namentlich das Gesetz über die Verhältnisse der Miteigenthümer eines Bergwerks vom 12. Mai 1851, und das Gesetz über die Beaufsichtigung des Bergbaues vom 21. Mai 1860.

15) Der im Jahre 1862 von dem damaligen Oberbergrath Brassert ausgearbeitete Entwurf wurde in neuer Fassung dem Herrenhause durch Ordre vom 4. Januar 1865 vorgelegt, erfuhr dort einige Aenderungen durch die Kommission des Hauses und wurde vom Abgeordnetenhause unverändert angenommen.

16) Vgl. A. B. G. §§ 243, 244. Auch in den nach 1865 mit Preußen vereinigten Provinzen wurde das A. B. G. eingeführt; dasselbe liegt ferner den Berggesetzen der meisten deutschen Staaten zu Grunde, insbesondere dem von Braunschweig, Meiningen,

diese Gesetzgebung ist die Regalität des Bergbaues beseitigt[17] und der Grundsatz der Bergbaufreiheit der Art befestigt, daß das Bergbaurecht demjenigen verliehen werden muß, welcher dasselbe in gehöriger Weise bei der Bergbehörde in Anspruch nimmt.

4. Wo jedoch das Bergwerksregal in den Händen von privaten Bergherren lag, wurde ihnen dasselbe durch das Berggesetz nicht entzogen, so daß solchen Regalherren der Regel nach noch das Recht, sich gewisse Felder vorzubehalten, ferner das Recht auf den Bergzehnten zusteht, wobei jedoch etwaige besondere Beschränkungen des Umfanges ihres Privilegiums zu beachten sind. Die Verleihung der Bergwerke und die Bergpolizei richtet sich aber auch in den Privatregalbezirken nach A. B. G.[18]

5. Ueberhaupt ist das frühere Recht, sofern es sich um bereits erworbene Berechtigungen handelt, gemäß der allgemeinen Grundsätzen in wichtigen Beziehungen auch nach dem Inkrafttreten des A. B. G. Entscheidungsnorm geblieben.[19] Vor Allem gilt dies hinsichtlich des Umfanges der früher bergordnungsmäßig verliehenen Bergwerksfelder. Nach dem alten Rechte ist ferner die Rechtsgültigkeit des Seitens des Staates vor Erlaß des Berggesetzes zu Gunsten des Fiskus angeordneten Reservationen von Bergwerksfeldern, wie der vorher von ihm ausgegangenen Distriktsverleihungen zu beurtheilen.[20]

Gotha, Waldeck, Bayern, Reuß j. L., Altenburg, Elsaß-Lothringen, Würtemberg, Anhalt und Hessen.

17) Das Bergwerksregal ist nicht ausdrücklich aufgehoben, wohl aber sind die Gesetze, auf welche sich dasselbe früher stützte, durch § 244 des A. B. G. ausdrücklich beseitigt. In dessen §§ 1 und 2 ist es nicht aufgenommen. Vgl. Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 63 ff. Daß das staatliche Bergbauregal noch immer die Grundlage des Bergrechts bilde, sucht neuerdings Arndt Zeitschrift f. Bergrecht, Bd. 23 S. 18 ff., sowie Kommentar zum A. B. G. S. 57 darzuthun. Einen Rest der Regalität findet er nicht ohne Grund in der Bergwerksabgabe von 2% des Bruttoertrages der Bergwerke. Der Staat aber beabsichtigt derzeit, auf diese Abgabe zu „verzichten“!

18) Vgl. A. B. G. § 250, Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 114. Vgl. L. R. II, 16 § 106 ff. Präj. des Obertribunals n. 2225. Namentlich ist den in den Jahren 1806 bis 1815 mediatisirten, früher reichsunmittelbaren Landesherren in den Gebieten, in welchen ihnen die Landeshoheit zustand, das Bergregal auf Grund der Verordnung vom 21. Juni 1815 § 5 verblieben. Gleiches gilt für einige schlesische Häuser. Außerdem finden sich einzelne aus der vormaligen Regalität abgeleitete Befugnisse in den Händen von Privaten, namentlich das Ausschließungsrecht, d. h. ein Vorrecht zum Muthen innerhalb eines gewissen Bezirkes, durch welches man binnen gewisser Fristen an die Stelle dessen, der ein Bergwerk muthet, treten und unter Ausschließung desselben die Verleihung des Bergwerkes erhalten kann. — Vgl. noch unten § 275 Anm. 10.

19) Vgl. R. G. Bd. 6 S. 285.

20) Vgl. Achenbach, die Anwendbarkeit des A. B. G. auf solche Rechte, welche vor dem 1. Oktober 1865 entstanden sind, in der Zeitschrift für Bergrecht Bd. 6 S. 441 ff.

§ 259. Die verleihbaren Mineralien.

1. Nach gemeinem deutschen Rechte gelten als dem Grundeigenthümer entzogen und der bergmännischen Gewinnung vorbehalten die Metalle und das Salz, welche bereits in der goldenen Bulle von 1356 als regal behandelt wurden.[1] Partikularrechtlich wurden auch andere Bodenbestandtheile, welche im Wege des Bergbaues gewonnen werden, für regal erklärt und zwar hier in größerem, dort in geringerem Umfange.[2] Nach dem preußischen Landrechte[3] sollten neben den Metallen und Salzen insbesondere Inflammabilien, z. B. Stein- und Braunkohlen, ferner auch Edelsteine dem Bergregal unterworfen sein.

Die neueste Berggesetzgebung hat zwar hierauf fortgebaut, jedoch die Edelsteine fallen lassen und die dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers entzogenen Mineralien einzeln aufgezählt,[4] wobei nur diejenigen aufgenommen wurden, welche für die allgemeine Gewerbethätigkeit in Betracht kommen. Die bedeutendsten hiernach verleihbaren Mineralien sind außer Silber und Gold die Eisen-, Zink-, Blei-, Kupfer-, Manganerze, dann Steinsalz nebst den mit demselben auf der nämlichen Lagerstätte vorkommenden Salzen und die Sool- oder Salz-Quellen, endlich aber die nach Umfang und Werth der Ausbeute bei weitem wichtigsten bergmännischen Erzeugnisse Preußens, die Stein- und die Braunkohlen.[5] Insofern jedoch Mineralien, welche das Berggesetz für bergfrei erklärt, nach dem bisherigen Provinzialrecht der Verfügung der Grundeigenthümer unterlagen, sind sie derselben auch nach dem Berggesetze verblieben. So ist z. B. noch jetzt in vormals zum Königreich Sachsen gehörigen Landestheilen das Recht der Verfügung über Stein- und Braunkohlen den Grundeigenthümern zuständig.[6]

---

1) Goldene Bulle cap. 9.

2) z. B. Sandstein, Daubenspeck R. G. S. 6 vgl. auch S. 8, anders nach L. R. II, 16 § 73.

3) L. R. II, 16 § 69 ff.

4) A. B. G. vom 24. Juni 1865 § 1.

5) Dem Grundeigenthümer sind jetzt unter Anderem zugehörig die Raseneisenerze, ferner Edelsteine, Salpeter, Dachschiefer, Gips, Marmor, Kalksteine, Bau-, Werk- und Mühlsteine, auch wenn solche Produkte, wie dies nicht selten der Fall ist, durch künstlichen Bergbau gewonnen werden müssen. Die nach älterem Recht auf derartige Mineralien beliehenen Bergwerke wurden nicht angetastet, A. B. G. § 222, vgl. auch unten Anm. 9.

6) A. B. G. § 212. Die Verhältnisse des Braun- und Steinkohlenbergbaues in den vormals königlich sächsischen Landestheilen regelt das Gesetz vom 22. Februar 1869, welches zwar davon ausgeht, daß Stein- und Braunkohlen lediglich dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers unterliegen, aber anerkennt, daß das Abbaurecht, von dem Grundeigenthümer zu einer selbständigen Gerechtigkeit gemacht, und als solche von ihm an Dritte abgetreten werden kann. Eine solche Gerechtigkeit ist — E. E. Ges. § 68 — im Grundbuch einzutragen und hat die

2. Die genannten Mineralien sind der bergmännischen Gewinnung nicht nur dann vorbehalten, wenn sie noch auf ihrer natürlichen Ablagerungsstätte ruhen, sondern so lange sie sich auf einem Grundstück ungesondert in unverarbeitetem Zustande befinden. Daher auch die in den Halden eines früheren Bergwerkes enthaltenen Mineralien hierher gehören. Halden sind Anhäufungen von Gestein über Tage, welches seiner Zeit als werthlos aus einer Grube entfernt wurde. Sie sind nach dem heutigen Zustande der Technik nicht selten noch von großer Nutzbarkeit.[7]

3. Die Unantastbarkeit verleihbarer Mineralien durch einen mit dem Bergbau nicht Beliehenen ist durch das öffentliche Recht gesichert.[8] Es ist nämlich nach dem Gesetze vom 26. März 1856 die ohne Befugniß erfolgte bergbauliche Anlage, ferner aber auch die Aneignung von Mineralien, zu deren Gewinnung es einer Verleihung bedarf, durch den Grundeigenthümer oder durch Dritte, mit öffentlicher Strafe bedroht.[9]

Eigenschaft einer unbeweglichen Sache. Es können daher u. A. Grundgerechtigkeiten zu ihren Gunsten begründet werden. E. E. Ges. vom 5. Mai 1872 § 68. Vgl. v. Rynsch in Zeitschrift für Bergrecht Bd. 10 S. 132 ff. Klostermann Lehrbuch S. 418 ff. Daubenspeck R. G. S. 463. Die Bestimmungen über gewerkschaftliche Verfassung sind nicht eingeführt; Mitbetheiligte unterliegen daher dem gewöhnlichen Gesellschaftsrecht, Daubenspeck R. G. S. 458. — In Schlesien, Neuvorpommern, Hohenzollern sind nach A. B. G. § 211 die Eisenerze, in Westpreußen alle Mineralien mit Ausnahme des Steinsalzes und der Soolquellen dem Grundeigenthümer überlassen. Ueber das Eisenerzförderungsrecht nach der schlesischen Bergordnung vgl. Daubenspeck R. G. S. 468.

7) Nach dem A. B. G. werden Halden nicht für sich verliehen, wohl aber erstreckt sich die Verleihung eines Bergwerkes auch auf die innerhalb seines Feldes befindlichen Halden eines früheren Bergwerkes, § 54 Abs. 2. Dies gilt unvorgreiflich der Rechte des Grundeigenthümers auf Benutzung der Oberfläche des Grundstückes oder Schadloshaltung. — Man streitet, wie sich die Rechtsverhältnisse solcher Halden gestalten, wenn sie in „freiem Felde“ liegen. Folgerecht ist die strengere Ansicht Achenbachs Bd. 1 S. 138, wonach die in ihnen enthaltenen Mineralien, da sie nur mit einem Bergwerk verliehen werden können, weder von einem beliebigen Dritten, noch vom Grundeigenthümer als solchem gewonnen werden können.

8) Würden Mineralien von den Bergbehörden verliehen, welche nach Ansicht des Grundeigenthümers nicht zu den verleihbaren gehören, so könnte derselbe mit einer actio negatoria gegen den mit dem Bergbaurecht Beliehenen bei den ordentlichen Gerichten klagen und ein Urtheil auf Einstellung des Betriebes erlangen. Weist umgekehrt die Bergbehörde eine Muthung zurück, weil das gemuthete Mineral nicht unter das A. B. G. falle, so ist der Rechtsweg unzulässig, die Bergbehörden haben endgültig über diese Frage zu befinden. Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 129 ff.

9) Die Strafe tritt nicht ein, wenn dem Grundeigenthümer zustehende Mineralien mit verleihbaren der Art vermischt sind, daß die ersteren nicht ohne die letzteren gewinnbar sind, vorausgesetzt, daß es dem Grundeigenthümer bei der Gewinnung nicht gerade auf diese ankam und die Gewinnung der ersteren nur als Vorwand erscheint, vgl. Klostermann bei Gruchot Bd. 21 S. 256. Sind jene in Vermischung stehenden Mineralien bereits einem Bergwerkseigenthümer verliehen, so hat A. B. G. § 56 Abs. 2 analoge Anwendung. Richtiger Ansicht nach trifft das Strafgesetz vom 26. März 1856 auch die Aneignung von Mineralien, z. B. Raseneisenerzen, welche verliehen und dem Grundeigenthümer hierdurch entzogen sind, auch wenn sie

§ 260. Wesen des Bergwerkseigenthums.

Was der gewöhnliche Sprachgebrauch und das Gesetz[1] als Bergwerkseigenthum bezeichnet, ist ein Inbegriff verschiedenartiger Berechtigungen, welche dem gemeinsamen Zwecke der bergmännischen Produktion dienen.

Den Kern dieses Rechtes bildet die ausschließliche Befugniß zur Aneignung der in einem gewissen Felde befindlichen bergmännischen Mineralien.[2] Hiermit steht, falls der Bergwerkseigenthümer nicht auch der Grundeigenthümer ist, in nothwendiger Verbindung das dingliche Recht an dem fremden Grundstück, die verliehenen Mineralien innerhalb desselben aufzusuchen und zu gewinnen.[3] Mit diesen Befugnissen vereinigen sich ausgedehnte Rechte gegenüber außerhalb des Bergwerksfeldes liegenden Grundbesitzern behufs des bergmännischen Betriebes.

Unrichtig ist die vielverbreitete Ansicht, daß die Lagerstätten des Minerals, also die Gänge und Flötze, den körperlichen Gegenstand des Bergwerkseigenthums ausmachen, so daß der Bergwerksbesitzer als Eigenthümer des Raumes unter der Erde, in dem er baut, der Grundeigenthümer als Eigenthümer der Oberfläche angesehen werden müßte, also gewissermaßen zwei Grundeigenthümer über einander, wie in anderen Fällen neben einander vorhanden wären. Eine ausreichende Stütze kann diese Ansicht auch für das frühere Recht nicht darin finden, daß man nach bergmännischem Sprachgebrauche die Lagerstätten, insbesondere die Fundgrube verlieh.[4] Denn solche handliche Bezeichnungen bestimmen nicht das Wesen des Rechtes. Daß aber nicht der Raum der Lagerstätte als solcher dem Bergwerkseigenthümer gehört, ergiebt sich hieraus, daß er von letzterem nur zu bergmännischen, nicht aber zu anderen Zwecken, z. B. Kellern benutzt werden kann.[5] [6] Ebenso irrig

derzeit nicht mehr verleihbar wären. So das Obertribunal nach Klostermann a. a. O. S. 253.

1) So L. R. II, 16 §§ 82, 133, 188 und sonst, danach auch das A. B. G. § 12, § 50 und an anderen Orten.

2) Auf diesen Gesichtspunkt weist auch die Stellung des Bergrechtes im System des L. R. II, 16 unter der Ueberschrift: Von den Rechten des Staates auf herrenlose Güter und Sachen.

3) A. B. G. § 54 Abs. 1. Die richtige Ansicht vertrat das Obertribunal schon unter der Herrschaft des Landrechts. Entsch. Bd. 9 S. 109 ff. Dagegen u. A. Strohn in Striethorst's Archiv Bd. 33 S. 361 ff. Vgl. jetzt Entsch. Bd. 71 S. 293.

4) Unten § 265 bei Ziff. 1.

5) Vgl. L. R. II, 16 §§ 188. 189. Das R. G. Bd. 28 S. 152 — bei Daubenspeck R. G. S. 47 — hat daher den Einspruch des Eigenthümers der Erdoberfläche dagegen für begründet erklärt, daß ein Bergwerkseigenthümer auf Grund des ihm verliehenen Rechtes zum Abbau des Kupferschieferflötzes im Kyffhäuserberg den Eintritt in die dort belegene s. g. Barbarossahöhle, eine natürliche Tropfsteinhöhle, gegen ein vom Bergamt festgestelltes Eintrittsgeld unter dessen Oberaufsicht für sich nutzbar machte.

wäre die Annahme, daß die dem Bergwerkseigenthümer verliehenen Mineralien unmittelbar durch die Verleihung in das Eigenthum des Beliehenen träten. Sie werden ihm vielmehr erst durch die Besitznahme erworben. Daher bildet die unberechtigte Entziehung noch nicht gewonnener verliehener Mineralien durch Dritte weder Diebstahl noch Unterschlagung, ist vielmehr nur als Eingriff in das verliehene Okkupationsrecht nach dem Gesetze vom 26. März 1856 strafbar.[7]

Ist hiernach das Bergwerkseigenthum nicht Eigenthum an einer körperlichen Sache, so wird es doch durch das Gesetz dem Eigenthum an Grundstücken gleichgestellt und zum unbeweglichen Vermögen gerechnet.[8]

II. Die Entstehung des Bergwerkseigenthums.

§ 261. Das Schürfrecht.[1]

Vorbereitet wird die Schaffung des Bergwerkseigenthums, wenn nicht gerade ein Fund verleihbarer Mineralien durch Zufall geschah, durch Schürfarbeiten, veranstaltet zum Zwecke der Aufsuchung eines Minerals, dessen Muthung man beabsichtigt.

Nach älterem gemeinem Rechte konnte in Folge der Bergfreiheit Jeder auf fremdem Boden schürfen, so daß der Grundeigenthümer, welcher sich widersetzte, straffällig wurde.[2] Dagegen machte das preußische allgemeine Landrecht, wie andere Partikularrechte des vorigen Jahrhunderts, dem Gedanken der Regalität folgend, das Recht zum Schürfen auf fremdem wie auf eigenem Boden von einem durch die Bergbehörde vorher zu ertheilenden Erlaubnißschein — Schürfschein — abhängig.[3]

---

6) Ein in der Lagerstätte gefundener Schatz — oben § 233 — würde ohne Zweifel zu der Eigenthumshälfte nicht dem Bergwerkseigenthümer, sondern dem Grundeigenthümer zufallen.

7) Mitnehmen von Mineralien aus der Halde eines im Betrieb befindlichen Bergwerks kann aber sehr wohl Diebstahl sein R. G. in Strafsachen Bd. 18 S. 189.

8) L. R. II, 16 § 253. A. B. G. § 50.

1) A. B. G. § 3 ff.

2) Vgl. z. B. die bei Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 326 citirte Joachimsthaler Bergordnung von 1548 Thl. II. Art. 1. Ursprünglich bestand nicht einmal Entschädigungspflicht.

3) L. R. II, 16 § 141 ff. Achenbach Bd. 1 S. 331 ff. Nach der Jurisprudenz des Obertribunals — Plenarbeschluß in Entsch. Bd. 9 S. 90 — deckte im Geltungsbereich des L. R. der Schürfschein für die Dauer seiner Gültigkeit das Feld, für welches er ertheilt war, dergestalt, daß dadurch die Muthung eines zufällig Findenden ausgeschlossen wurde. Es sollte hierdurch die oft kostspielige, technische Kenntniß und Unternehmungsgeist voraussetzende Arbeit des Schürfens geschützt werden. Das A. B. G. § 5 hat diesen Schutz fallen lassen.

Das jetzt geltende Recht ist folgendes:

1. Schürfen, d. h. Aufsuchen verleihbarer Mineralien auf ihrer natürlichen Ablagerung, ist in der Regel aller Orten zulässig.

Es ist aber gesetzlich unbedingt verboten auf öffentlichen Plätzen, Straßen und Eisenbahnen, sowie auf Friedhöfen, auch wenn auf ihnen nicht mehr beerdigt wird.

Schürfen kann ferner durch die Bergpolizeibehörde, mittels Polizeiverordnung sowie Einzelverfügung, verboten werden, wenn ihm Gründe des öffentlichen Wohles entgegenstehen.[4]

Endlich darf es nicht ohne ausdrückliche Bewilligung des Grundeigeneigenthümers unter Gebäuden und in deren Umkreis bis zu 200 Fuß, in Gärten und in eingefriedeten Hofräumen stattfinden.[5]

2. Der Eigenthümer ist ohne weiteres berechtigt auf seinem Boden zu schürfen, soweit derselbe nicht gegen das Schürfen gesperrt ist.

Um auf fremdem Boden zu schürfen, hat man sich zuvörderst an den Grundeigenthümer zu wenden.[6] Nutzungsberechtigte haben das Recht

---

4) A. B. G. § 4 Abs. 1 und 2.

5) A. B. G. § 4 Abs. 3. 200 Fuß sind gleich 62,8 Meter. In Gemäßheit des Bundesgesetzes vom 17. August 1868 werden auch die im A. B. G. festgesetzten Maße bei amtlichen Verhandlungen in Meter umgesetzt. — Die Tragweite der dem Art. 11 des französischen Gesetzes vom 21. April 1810 entnommenen Bestimmung über den Schutz des Umkreises der Gebäude ist zweifelhaft, wenn die Grundstücke des Schutzbezirkes nicht dem Grundeigenthümer, sondern einem Dritten gehören. Geht man davon aus, daß der Zweck der Bestimmung war, die Gebäude zu schützen, so kommt man zu dem Ergebniß, daß ohne Zustimmung des Gebäudeeigenthümers in dem Schutzbezirk nicht geschürft werden darf, ohne Unterschied, ob der Bezirk dem Gebäudeeigenthümer, einem Dritten, ja dem Schürfer selbst, gehört. Es ist aber zuzugestehen, daß hiermit der Wortlaut des § 4, wonach die Ermächtigung „des Grundbesitzers", nicht „des Gebäudeeigenthümers" verlangt wird, nicht stimmt. Die meisten und angesehensten bergrechtlichen Schriftsteller erklären sich daher für die Ansicht, wonach eine Beschränkung des Schürfrechtes in diesem Falle nicht eintritt, weil der Gebäudeeigenthümer kein Einspruchsrecht gegen die Arbeiten auf fremdem Boden habe, der Bodeneigenthümer aber kein rechtliches Interesse an deren Ausschließung darthun könne. Der Gebäudeeigenthümer ist daher gegen Schürfen auf fremdem Boden hier nur durch L. R. I, 8 § 187 — oben § 221 bei Anm. 5 — geschützt. Achenbach Bd. 1 S. 337, Arndt, A. B. G. § 4. Die französische Jurisprudenz ist getheilt: Dalloz repertoire mot. mines n. 155 tom. 31. — Was unter Gebäuden im Sinne des Gesetzes zu verstehen sei, ist zweifelhaft. Es möchte doch nur an zu Wohnzwecken bestimmte Gebäude zu denken sein. Auch muß das Gebäude mindestens begonnen sein, ehe die Aufforderung des Schürflustigen an den Grundeigenthümer zur Einräumung des Schürfrechtes gelangte.

6) Das A. B. G. verlangt im § 5 Abs. 1 Einwilligung „des Grundbesitzers." Nach Abs. 2 scheint, daß hierunter zu verstehen ist „der Eigenthümer oder der Nutzungsberechtigte." Hiernach würde die Einwilligung des Nießbrauchers und selbst des Pächters genügen. Und doch haben diese Personen an der Werthverminderung des Grundstückes oft kein Interesse, sofern ihnen die entzogene Nutzung vergütet wird. Es gilt dies z. B. für Pächter, deren Pacht bald abläuft. Wie soll danach der Grundeigenthümer, welcher von dem Vorgang vielleicht nichts erfährt, für die Werthverminderung gesichert sein, wegen der ihn doch das Gesetz nach § 6 sichern will. Man wird daher auf die Fassung des § 5 Abs. 2 nicht mit Eccius Bd. 3 § 168 Anm. 52 das entscheidende Gewicht legen

des Einspruchs gegen die Ausübung des Schürfrechtes, um Sicherheit für die ihnen zu leistende Entschädigung zu erlangen.[7] Der Schürflustige hat zunächst eine private Aufforderung zu erlassen, um die Einräumung des Schürfrechtes durch den Grundeigenthümer zu erhalten. Kommt es zu keiner Einigung, was auch im Falle der Nichtbeantwortung oder ausweichender Antwort Seitens des Grundeigenthümers anzunehmen ist, so bestellt die Bergbehörde das Schürfrecht durch Beschluß.[8] Derselbe bestimmt nach Maßgabe des Gesetzes den Umfang und die Bedingungen der Ausübung des Schürfrechtes. Insbesondere liegt dem Schürfer ob, dem Grundeigenthümer jährlich im voraus Entschädigung für die entzogene Nutzung zu leisten, auch hat derselbe auf Verlangen Sicherheit zu stellen für die ihm obliegende Verpflichtung, bei dereinstiger Rückgabe des Grundstückes Ersatz für dessen Minderwerth zu leisten. Gegen den Beschluß der Bergbehörde ist der Rechtsweg nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, soweit es sich nicht um Versagung des Schürfrechtes aus den oben — unter 1 — angegebenen Gründen handelt.[9]

Der Schürfer haftet für die durch seine Schürfarbeiten verursachten Beschädigungen des Grundeigenthums in demselben Umfang wie der Bergwerksbesitzer.[10]

3. Das durch den Grundeigenthümer oder durch Beschluß der Bergbehörde bestellte Schürfrecht wird durch Ausübung und Besitznahme dinglich. Dasselbe wirkt dann ohne Eintragung gegen Dritte.[11]

---

dürfen. Sie giebt dem Gedanken des Gesetzes einen ungenauen Ausdruck. Es ist auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugehen, nach welchen Einräumung dinglicher Rechte dem Grundeigenthümer allein zusteht. Der Verwalter des Grundstückseigenthümers ist keinenfalls zur Bewilligung befugt.

7) Vgl. A. B. G. § 10. Es kann auch in den Feldern fremder Bergwerke nach solchen Mineralien geschürft werden, auf welche der Bergwerkseigenthümer Rechte noch nicht erworben hat. Der Schürfer hat dann jedoch dem Bergwerkseigenthümer vor Beginn der Schürfarbeiten Kaution für Schaden zu stellen. Die Bergbehörde kann die Schürfarbeiten verbieten, wenn sie die Sicherheit der Baue oder den ungestörten Betrieb des Bergwerkes bedrohen.

8) Die Kosten erster Instanz hat der Schürfer, die der Rekursinstanz der Unterliegende zu tragen. A. B. G. § 8 letzter Absatz und § 147.

9) Dem Schürflustigen steht gegen den Beschluß der Versagung des Schürfens der Rechtsweg zur Erzwingung des Schürfens nicht offen, Arndt A. B. G. § 9. Durch Beschreitung des Rechtsweges gegen den das Schürfen verstattenden Beschluß der Bergbehörden wird nach § 9 des A. B. G. der Beginn der Schürfarbeiten nicht aufgehalten, wenn nur wegen der Höhe der zu leistenden Entschädigung oder der Kaution geklagt wird und die zunächst festgesetzte Summe gezahlt oder im Falle ihrer Nichtannahme bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt ist.

10) A. B. G. § 152. Vgl. unten § 271.

11) E. E. Ges. § 12 Abs. 2. Zwar gedenkt dieser Paragraph des Besitzes nicht; vorausgesetzt aber ist, daß ein dingliches Recht zu Grunde liegt, welches nach Landrecht nicht durch den bloßen Vertrag, sondern erst durch Besitz entsteht. Da das Gesetz dem Grundbesitzer jährlich Entschädigung zusichert — A. B. G. § 6 —, so kann der Grund=

4. Das Schürfrecht ist abtretbar. Ausschließlich ist es nicht, so daß Mehrere innerhalb desselben Grundstückes Schürfrechte erlangen können. Die bei den Schürfarbeiten geförderten Mineralien fallen in Folge des Schürfrechtes an den Schürfer, insofern nicht bereits Dritte Rechte auf dieselben erworben haben.[12]

§ 262. Die Muthung.[1] Erfordernisse.

Muthung ist das Gesuch bei der Bergbehörde um Verleihung des Gewinnungsrechtes eines verleihbaren Minerals in einem gewissen Felde, d. h. innerhalb gewisser Grundstücksgrenzen.

Ist die Muthung eine Unterart der Okkupation? Die Verwandtschaft beider ist anzuerkennen, da beide unmittelbare Eigenthumserwerbsarten sind, und hier wie dort der Wille des Erwerbes eines Gegenstandes, welcher bisher Niemandem gehörte, wesentlich ist. Aber dieser Wille erhält bei beiden Instituten in verschiedener Weise Verwirklichung, bei der Okkupation durch eigenmächtige Besitzergreifung, bei der Muthung durch staatliche Zutheilung.

Erforderlich ist zur gehörigen Muthung:

1. Vorhandensein des begehrten Minerals — Fündigkeit. Dasselbe muß vor Einlegung der Muthung auf seiner natürlichen Ablagerungsstätte und zwar im bergfreien Felde[2] entdeckt sein und bei der amtlichen Untersuchung nachgewiesen werden, widrigenfalls die Muthung als blind nichtig ist. Der Entblößung des mineralhaltigen Ganges, so daß eine Beurtheilung der Bauwürdigkeit möglich wird, wie man früher forderte, bedarf es nicht mehr.[3]

---

stückserwerber richtiger Ansicht nach dieselbe in Anspruch nehmen, auch wenn die Entschädigung dem Vorbesitzer vorausbezahlt sein sollte, vorausgesetzt, daß dies beim Erwerb verschwiegen war.

12) A. B. G. § 11. Wer, ohne Schürfrecht zu haben, schürft, kann durch seine unbefugte Aneignung nicht Eigenthümer werden. Das geschürfte Mineral bleibt hiernach zunächst herrenlos. Vgl. aber Achenbach Bd. 1 S. 349 ff.

1) A. B. G. § 12 ff. Achenbach Bd. 1 S. 397 ff. R. G. Bd. 21 S. 225.

2) Die Beleihung wird versagt, wenn der Fundpunkt — d. h. Fundort — nicht in einem auf dem beim Oberbergamt einzureichenden Situationsriß darstellbaren Abstand von der Grenze des begehrten Feldes liegt, Entsch. des O. Trib. Bd. 75 S. 211 n. 4. Es kommt nicht darauf an, ob der Fund mittels unerlaubter Schürfarbeiten gemacht ist. Ueber die Fündigkeit ist richterliche Prüfung zulässig, R. G. Bd. 8 S. 195, bei Daubenspeck R. G. S. 12.

3) A. B. G. § 15. Erforderlich ist s. g. absolute Bauwürdigkeit, d. h. eine solche Beschaffenheit des Fundes, daß sich vernünftigerweise die Möglichkeit bergmännischer Gewinnung annehmen läßt. Hierzu ist aber die Auffindung einer bestimmten Lagerstätte, also eines Ganges oder Flötzes, nicht nothwendig. R. G. Bd. 8 S. 197. Die Fündigkeit der Muthung kann in der Entdeckung eines jeden Mineralvorkommens ihre Begründung finden. Relative oder wirthschaftliche Bauwürdigkeit, d. h. daß ein ertragbringendes Bergwerk zu erwarten ist, wird vom Gesetz überhaupt nicht verlangt. R. G. Bd. 8 S. 195.

Wird eine Muthung auf ein verlassenes Bergwerk eingelegt, so müssen derselben neue Aufschlüsse des begehrten Minerals nicht vorhergehen.

2. Erforderlich ist weiter die Einreichung eines schriftlichen Muthungsgesuches oder die Erklärung eines solchen zu Protokoll bei der zu dessen Entgegennahme befugten Bergbehörde.[4] Natürlich muß der Wille des Muthers dem Inhalt des Gesuches entsprechen, so daß die Muthung nichtig wäre, bei welcher ein wesentlicher Irrthum unterliefe.[5] Zur formellen Vollständigkeit der Muthung gehört Angabe des Namens und Wohnortes des Muthers, des begehrten Minerals,[6] dessen Fundpunktes, des dem Bergwerk beizulegenden Namens. Die Bergbehörde hat Ergänzung etwaiger Unvollständigkeiten zu fordern.[7] Geschieht die Ergänzung nicht innerhalb 1 Woche von Zustellung der betreffenden Aufforderung an, so fällt die Muthung als von Anfang an ungültig zusammen. Zur Vervollständigung der Muthung hat der Muther ferner binnen 6 Wochen nach Eingang des Gesuches die Feldesstreckung vorzunehmen, d. h. Breite und Größe des begehrten Feldes anzugeben, und einen von einem koncessionirten Markscheider oder Feldmesser nach bestimmten fachmäßigen Anforderungen angefertigten Situationsriß einzureichen, auf welchem außer dem Fundpunkte die geforderten Feldesgrenzen bezeichnet sind.

Zu Gunsten des Muthers besteht die Fiktion, daß das in solcher Weise bestimmte Feld schon mit Einreichung der Muthung als begehrt gilt, so daß dasselbe bereits von dieser Zeit an in Folge Rückziehung geschlossen ist, in der Zwischenzeit bis zur Feldesstreckung erfolgende Muthungen Dritter auf das bereits gemuthete Mineral also ungültig werden.[8] [9] Unterbleibt die Feldesstreckung innerhalb der gesetzlichen Frist, so ist die Muthung von Anfang an ungültig.[10]

---

4) A. B. G. § 13. Muthungsgesuche durch Telegramme sind zulässig. Zuständig sind die Oberbergämter oder die Revierbeamten, welchen die Oberbergämter die Annahme der Muthungen für gewisse Reviere überwiesen haben. A. B. G. § 12. — Die Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Fundort, auch wenn sich das begehrte Feld über das Revier, in welchem der Fundort liegt, hinaus erstreckt.

5) Muthung durch einen Dritten ist nur rechtsbeständig, wenn dieser specielle Vollmacht hat, L. R. I, 13 § 106. Muthung durch einen unbeauftragten Geschäftsführer ist nicht rechtsbeständig. Achenbach Bd. 1 S. 410 Anm. 1.

6) Jedes der besonders im Berggesetze aufgeführten Mineralien muß besonders gemuthet werden, unter Anderen sind Steinsalz und Soolquellen — oben § 259 bei Anm. 5 — besonders zu muthen. Daubenspeck R. G. S. 6.

7) A. B. G. § 14. Vorausgesetzt ist, daß die Person des Muthers und die Absicht der Muthung wenigstens mit Wahrscheinlichkeit aus dem Gesuche sich ergeben, da andernfalls von einer bloß „mangelhaften" Muthung nicht geredet werden kann. — Beibringung der Vollmacht durch einen angeblichen Bevollmächtigten unterliegt gleicher Behandlung wie andere Unvollständigkeiten.

8) A. B. G. § 18. Selbstverständlich ist nach ganzen Tagen zu rechnen. Nach früherem Rechte galt der Grundsatz, daß das Vorzugsrecht des älteren Muthers lediglich

§ 263. Vorrecht der Muthung.

Im Fall der Einlegung einander widerstreitender Muthungen auf dasselbe Bergwerksfeld hat den Vorrang:

1. der Finder — s. g. erste Finder —, d. h. wer das Mineral zuerst, selbst oder durch seine Leute, auf seiner natürlichen Ablagerung entdeckt hat.[1] Dieses Finderrecht erlangt der Grundeigenthümer, sowie der Bergwerkseigenthümer, welcher in seinem Grubengebäude ein verleihbares, ihm noch nicht verliehenes Mineral entdeckt, auch durch zufällige Funde. Andere hingegen erhalten das Vorrecht nur im Falle planmäßiger, mit Beobachtung der bergrechtlichen Vorschriften ausgeführter Schürfarbeiten, bei welchen das gesuchte Mineral gefunden wurde. Das Findervorrecht ist davon abhängig, daß der Finder die Muthung innerhalb 7 Tagen nach Ablauf des Tages der Entdeckung einlegt.[2]

2. Der Bergwerkseigenthümer hat ein Vorrecht auf Mineralien, welche mit dem in der Verleihungsurkunde benannten Mineral innerhalb seiner Feldesgrenzen solcher Art vorkommen, daß die gemeinsame Gewinnung nach Entscheidung des Oberbergamtes aus technischen oder bergpolizeilichen Gründen geschehen muß. Legt ein Dritter auf solche Mineralien Muthung ein, so ist dies Seitens der Bergbehörde dem Bergwerkseigenthümer mitzutheilen. Dieser hat binnen 4 Wochen nach dem Tage der Mittheilung die Befugniß zu einer bevorrechteten Muthung, welcher selbst der Finder nachstehen muß.[3]

3. In allen übrigen Fällen geht die früher bei der Bergbehörde angebrachte Muthung der später angebrachten vor.[4] Gleichzeitige Muther

---

lich durch die Präsentation der Muthung, nicht durch den Zeitpunkt der Feldesstreckung bedingt war. Daher gebührte der jüngeren Feldesstreckung des älteren Muthers vor der älteren des jüngeren Muthers der Vorzug. L. R. II. 16 § 161. Striethorst, Archiv Bd. 28 S. 79.

9) A. B. G. § 19. Es erhebt sich die Frage, ob der Muther berechtigt sei, nachdem er die Feldesgrenze einmal bezeichnet hat, innerhalb der gesetzlichen Zeit von sechs Wochen seinen Antrag noch zu ändern und zu Ungunsten Dritter ein anderes Feld zu verlangen. Dies ist zu verneinen, da der Vorbehalt, welchen das Gesetz für den ersten Muther macht, durch einmalige Einreichung des Situationsrisses erschöpft ist. Vgl. auch A. B. G. § 19 Abs. 1.

10) A. B. G. § 18. Vgl. Daubenspeck R. G. S. 11.

1) A. B G. § 24. Vgl. L. R. I, 16 § 154. Achenbach Bd. 1 S. 388 ff.

2) Mehrere gleichzeitige Finder haben richtiger Ansicht nach gleiche Rechte, wenn sie alle innerhalb des Laufes der Woche, wenn auch an verschiedenen Tagen, muthen. So u. A. Achenbach Bd. 1 S. 390.

3) A. B. G. § 55. Das Vorrecht des Bergwerkseigenthümers muß vor der einem Andern ertheilten Verleihung durch Einlegung rechtsbeständiger Muthung geltend gemacht werden. Daubenspeck R. G. S. 22. Der Muther hat dies Vorrecht noch nicht, ehe er mit dem gemutheten Mineral beliehen ist.

4) Das Präsentatum der Bergbehörde ist der Beleg für den früheren Eingang des Gesuchs; der Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Präsentatums, z. B. in Folge einer

werden nur gemeinschaftlich berechtigt, sie müssen sich über die Feldesstreckung verständigen.

Ein Widerstreit zwischen Muthungen kann eintreten nicht nur, wenn sie auf denselben Fund eingelegt sind, sondern auch, wenn sich die von mehreren Muthern auf verschiedene Funde begehrten Felder ganz oder theilweise decken.[5] Solche Kollission ist namentlich in der Weise möglich, daß der ältere Muther binnen der ihm für Einreichung seines Situationsrisses zustehenden 6 Wochen das Feld in Anspruch nimmt, welches inzwischen der jüngere Muther in einem von ihm eingereichten Situationsriß begehrt hat. Fällt dann der Fundort des jüngeren Muthers in das Feld des früheren, so ist die zweite Muthung schlechthin ungültig; liegt hingegen der Fundort der jüngeren Muthung noch im freien Felde, und wird nur ein Theil des von ihm begehrten Feldes von dem früheren Muther in Anspruch genommen, so ist nur bezüglich dieses Theils das Begehren unstatthaft.

4. Nach A. B. G. ist eine Muthung für immer wirkungslos, wenn ihr eine bevorrechtete Muthung entgegensteht, selbst wenn diese später durch Verzicht in Wegfall kommen sollte.[6] Ist dagegen die entgegengestellte ältere Muthung von Anfang an ungültig oder wird sie rückwärts hin vernichtet, so besteht die jüngere Muthung zu Recht.[7]

§ 264. Die Verleihung.

1. Die Begründung des Bergwerkseigenthums verlangt vorschriftsmäßige Muthung und eine daraufhin von der Bergbehörde ertheilte Verleihung. Beides steht in dem Verhältnisse, daß der in der Muthung ausgedrückte Wille des Muthers den bestimmenden Grund des Anrechtes des Muthers bildet und daß die Verleihung den Erwerb vollendet.[1] [2]

Zerstreutheit des Präsentirenden, ist aber nicht ausgeschlossen. Hiernach ist A. B. G. § 25 aufzufassen. Die Muthungen werden nur in den Dienststunden und in dem Amtslokal angenommen. Vgl. aber oben § 197 Anm. 12, siehe auch dort bei Anm. 14, § 200 Anm. 1. Mehrere durch dieselbe Post einlaufende Muthungen sollen nach einer Verfügung des Handelsministers als gleichzeitige präsentirt werden, ohne Rücksicht auf das frühere Eröffnen des einen Gesuches. Vgl. über die Frage oben § 200 Anm. 3.

5) Vgl. Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 416.

6) Hat also der Finder A den 1. Januar 1892 gemuthet, B den 2. Januar desselben Jahres, A verzichtet im Laufe des Jahres auf seine Muthung, und nun muthet C im Januar 1893, so geht C dem B vor.

7) Wenn der jüngere Muther innerhalb 6 Wochen nach der Muthung mittels Feldesstreckung ein Feld begehrt, welches zur Zeit der Muthung durch eine frühere Muthung gedeckt war, bei Einreichung der Feldesstreckung aber frei ist, so ist sein Begehren rechtsbeständig, da die Zurückziehung der Feldesstreckung auf den Zeitpunkt der Muthung — oben § 262 bei Anm. 9 und 10 — nur eine zu Gunsten, nicht zum Nachtheil des Muthers angeordnete Fiktion bildet. Achenbach Bd. 1 S. 417 Anm. 1.

1) So lange die Regalität bestand, konnte man die Beleihung als den Akt ansehen, durch welchen der Staat die ihm zustehende Berechtigung bergordnungs-

2. Die Muthung hat schon mit ihrer Einreichung selbständige Wirkungen. Denn die Muthung schließt das begehrte Feld für Dritte der Art, daß der Muther fortan Jedem gegenüber, welcher ein ihr entgegenstehendes Recht an dem gemutheten Felde behauptet, sein Vorrecht durch dingliche Klage ausführen und zur gerichtlichen Anerkennung bringen kann.[3] Die Ausführung des Erkenntnisses ist dann Sache der Bergbehörde, welche auf Grund desselben die Beleihung zu ertheilen hat. Die Muthung stellt hiernach ein dingliches Recht am Bergwerksfeld her,[4] welches aber zu Handlungen in demselben nicht befugt, vielmehr nur negative, Dritte ausschließende Wirkungen hat. Das Recht aus der Muthung ist abtretbar.[5]

3. Bergwerkseigenthum entsteht erst durch die Verleihung Seitens der Bergbehörde, welche sich durch Aushändigung der Verleihungsurkunde[6] an den Muther vollzieht. Die Bergbehörde ist zur Verleihung verpflichtet, wenn die gesetzlichen Erfordernisse der Muthung vorliegen. Ein Klagerecht des Muthers gegen das Bergamt auf Vornahme der Verleihung besteht indessen ebensowenig, als eine Klage dessen, dem ein Grundstück aufgelassen ist, gegen das Grundbuchamt auf Eintragung der Auflassung, da der Prozeßrichter die Vornahme einer öffentlichrechtlichen Funktion durch eine staatliche, Hoheitsrechte verwaltende Behörde nicht erzwingen kann. Ist aber der Muther berechtigt, gegen den Bergbeamten, welcher die Verleihung ohne Rechtsgrund verweigert, auf Schadensersatz zu klagen, soweit von anderer Seite — z. B. von einem ungerechtfertigter Weise Beliehenen — Ersatz nicht zu erhalten ist? Das ist nach jetzigem Bergrecht folgerecht. Denn die Verleihung ist nicht mehr Gnadensache wie nach dem System der Regalität, sondern Pflicht des Beamten.[7]

---

mäßig dem Muther übertrug. Dies ist jetzt keinenfalls mehr der Sinn der Beleihung.

2) Bis zur Verleihung ist das Bergwerkseigenthum, sind die Kuxe künftige Sachen. Kaufgeschäfte, welche über sie als bereits bestehende Sachen abgeschlossen werden, sind daher ungültig. R. O. H. G. Bd. 18 S. 261.

3) A. B. G. §§ 22, 23. Ein bloß obligatorisches Recht des Muthers, wie es Achenbach Bd. 1 S. 404 annimmt, könnte sein Klagrecht gegen Dritte nicht erklären, vgl. R. G. Bd. 21 S. 227, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 462.

4) Daubenspeck R. G. S. 83. Die Klage ist daher ausschließlich im Gerichtsstande der belegenen Sache zulässig. R. C. P. O. § 25, R. G. Bd. 21 S. 225. Daubenspeck R. G. S. 17, oben § 246 Anm. 2.

5) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 27 S. 267.

6) Die Bestandtheile derselben zählt auf A. B. G. § 34. Unvollständigkeiten und Unrichtigkeiten ziehen keine Nichtigkeit nach sich, sondern können verbessert oder ergänzt werden.

7) So lange das Bergregal bestand, konnte man das Bergbaurecht durch 44jährige Verjährung erwerben, vgl. oben § 178 bei Ziff. 1. Das Berggesetz gedenkt der Ersitzung nicht. Ist sie nunmehr noch möglich? Achenbach verneint dies a. a. O. Bd. 1 S. 437. Uns scheint kein Rechtsgrund für die Ausschließung zu bestehen. Je nach

4. Die Verleihung erfolgt, wie nach früherem Bergrecht,[8] unbeschadet älterer Rechte Dritter. Doch hat das Berggesetz, um der hieraus sich ergebenden Unsicherheit über die Rechtsbeständigkeit des verliehenen Rechtes möglichst entgegenzutreten, ein Verfahren vorgeschrieben, welches nöthigt, widerstreitende Rechte auf Verleihung binnen kurzer Frist klageweise geltend zu machen, widrigenfalls sie ausgeschlossen und die aus ihrem Bestehen herzuleitenden Mängel des Rechtes des Beliehenen geheilt werden.[9] Vor der Verleihung ist nämlich von der Bergbehörde ein Termin anzusetzen, zu welchem diejenigen Muther, deren Muthungen in Widerstreit stehen oder gerathen können, unter der Verwarnung zu laden sind, daß von der Bergbehörde auch im Fall ihres Nichterscheinens entschieden werde.[10] Gegen die Entscheidung der Bergbehörde ist nur binnen drei Monaten seit Zustellung des Bescheides — beziehungsweise des Rekursbescheides — der Rechtsweg offen gelassen.[11] Außerdem hat die Bergbehörde die Urkunde über die erfolgte Verleihung im Regierungsamtsblatte unter Verweisung auf den gesetzlichen Nachtheil zu veröffentlichen, wonach alle vorgehenden Rechte auf Verleihung bei Strafe ihres Ausschlusses binnen 3 Monaten von der Ausgabe jenes Blattes an gegen den Beliehenen gerichtlich geltend zu machen sind.[12]

§ 265. Das Bergwerksfeld.[1]

Umfang und Gestalt des Feldes, welches für die Zwecke des Bergbaues in Anspruch genommen werden kann, hat sich im Laufe der Zeiten sehr verändert. Während der älteste Bergbau nur kleine Bergwerksfelder nothwendig hatte und erhielt, verlangte die entwickelte Bergbauindustrie immer größere Flächen

---

Umständen würde daher die zehn- oder dreißigjährige Ersitzung Platz greifen. Natürlich ist redlicher Glaube erfordert. Derselbe wird nicht leicht sich da finden, wo es überhaupt an einer Beleihung fehlt, aber im Fall einer Ueberschreitung der Grenze des verliehenen Feldes eher vorkommen können.

8) L. R. II, 16 § 352.

9) Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 443. A. B. G. § 35. Andere Mängel der Muthung — vgl. z. B. oben § 262 bei Anm. 5 — bleiben der Verleihung anhaften.

10) A. B. G. § 29 ff.

11) A. B. G. § 23, § 31 Abs. 2. Der richterlichen Kognition unterliegen alle Voraussetzungen, welche den Anspruch bedingen, insbesondere auch die Frage der Findigkeit, auf Grund deren die Muthung erfolgte. Dabei darf der Richter auch Momente, welche späteren Datums sind als die Muthung und den Bergbehörden nicht vorlagen, in Betracht ziehen. Vgl. oben § 262 Anm. 2. R. G. Bd. 8 S. 195.

12) Die Verwarnung des § 35 des A. B. G. richtet sich nur an diejenigen, welche Ansprüche auf Verleihung machen. Wem bereits ein kollidirendes Bergwerkseigenthum verliehen ist, wird durch dieselbe nicht betroffen, weil ein solches Präjudiz das verliehene Bergwerkseigenthum höchst unsicher gemacht hätte. Daubenspeck R. G. S. 24, vgl. auch A. B. G. § 36 a. E.

1) L. R. II, 16 §§ 156 ff. 177 ff. 353 ff. A. B. G. §§ 26. 27. Klostermann Lehrbuch S. 116.

für ihre Thätigkeit. Auch war die räumliche Feststellung des Bergwerksfeldes nach den früheren Bergordnungen wesentlich von dem Verhalten der verliehenen Lagerstätte abhängig. Dagegen werden nach heutigem Bergrecht ausgedehnte, ein- für allemal bestimmte, nach Quadratlachtern bemessene Flächen verliehen.

1. Das frühere Recht unterschied die Beleihung auf Gänge und auf Flötze. Gänge sind schmale, mineralhaltige Adern, welche das s. g. Gebirge schief durchschneiden. Der auf einen solchen Gang Beliehene hat das Recht zu dessen Ausbeutung nach der Tiefe — d. h. nicht etwa senkrecht, sondern in der Richtung des Fallens des Ganges — hin unbegrenzt bis in die s. g. ewige Teufe. Der Breite nach konnte der Beliehene den Gang in seiner ganzen Dicke — Mächtigkeit — und außerdem noch die sogenannte Vierung beanspruchen, d. h. einen Raum von 7 Lachtern[2] Breite neben dem zunächst beliehenen Gange. Was endlich die Längenausdehnung des beliehenen Ganges betraf — in der Richtung des Streichens — so war auch hier zunächst das natürliche Verhalten des Ganges maßgebend. Doch wurden dem Beliehenen nach dieser Richtung hin gewisse Grenzen gesetzt. Es erhielt nämlich der Finder eine s. g. Fundgrube — in der Länge von 42 Lachtern vom Punkte des Fundes an gemessen. Zu derselben konnten aber noch s. g. Maßen gemuthet werden, eine Längenerstreckung, welche man an die Fundgrube in beliebiger Richtung ansetzte.[3 4] Da die Längenausdehnung dieser, der s. g. gestreckten oder Längenfelder, sich dem Laufe des Ganges anschloß, dieser Lauf aber vor dem Abbau oft nicht mit Sicherheit zu übersehen war, so konnte es bei solcher Beleihung vorkommen, daß mehrere Beliehene in demselben Gang zusammentrafen. Dann ging der Muther, welcher das Alter im Felde hatte, vor, da alle Bergwerksbelehnungen älteren Rechten unbeschadet geschehen.

Flötze sind Minerallager, welche das Gebirge nicht durchschneiden, sondern sich, den Schichten des Gebirges parallel, senken und heben und neben der Längenausdehnung auch eine beträchtliche Breite haben. Hier verlieh man das Feld auch schon nach früherem Rechte nach Geviertmaß.[5]

---

2) 7 Lachter sind beiläufig 14,64 Meter.

3) L. R. II, 16 §§ 177, 178. Die Maßen hatten je 28 Lachter, vgl. L. R. II, 16 § 157. Nach gemeinem Recht konnte man 2, nach L. R. II, 16 § 157 aber 12 Maßen verlangen.

4) Theilt sich der Gang in mehrere s. g. Trumme, d. h. zertrümmert er sich, so hat der Beliehene, wenn sie aus der Vierung herausfallen, einen der Trumme zu wählen. L. R. II, 16 § 187. Hört der Gang auf — wird er nach bergmännischem Ausdrucke verdruckt —, es wird aber ein anderer Gang innerhalb der Vierung seiner Streichungslinie gefunden, so wird er nach juristischer Fiktion für denselben gehalten, der vorher verdruckt ist. L. R. II, 16 § 367. Vgl. Daubenspeck R. G. S. 505.

2. Seit Inkrafttreten des Berggesetzes werden nur Geviertfelder verliehen, und zwar ist der Muther berechtigt auf ein Feld bis zu 500,000 Quadratlachtern, in einigen Kreisen der Monarchie aber nur bis zu 25,000 Quadratlachtern.[6] Die Felder müssen den Fundpunkt einschließen, und soweit es die Oertlichkeit gestattet, auf der Oberfläche von geraden, in die ewige Teufe aber von senkrechten Linien begrenzt und der Form sein, daß bei 500,000 Quadratlachtern je zwei Punkte nicht über 2000 Lachter von einander entfernt liegen. Es steht nichts im Wege, auf verschiedene nahe bei einander liegende Fundpunkte mehrere Bergwerke bis zum gesetzlichen Höchstmaß zu muthen und diese dann zu einem Bergwerke zu vereinigen.[7]

Aeltere gestreckte Felder können jeder Zeit in gevierte nach Maßgabe des Berggesetzes umgewandelt werden. Doch dürfen durch solche Umwandlung die gestreckten, auf dasselbe Mineral verliehenen Felder Anderer nicht ohne deren ausdrückliches Einverständniß ganz oder theilweise umschlossen werden.[8 9]

§ 266. Erbstollen.[1]

1. Stollen sind in horizontaler Richtung geführte Eingänge in das vorliegende Gebirge. Ihr Zweck ist vorzugsweise, den dort be-

---

5) L. R. II, 16 §§ 156, 157. Erweiternde Bestimmungen traf das Gesetz vom 1. Juli 1821.

6) A. B. G. § 27. 500,000 Q.=Lachter sind gleich 2,189,000 Q.=Meter. 2000 Q.=Lachter gleich 4184,8 Meter. Vgl. oben § 261 Anm. 5 z. A.

7) Demgemäß ist es möglich, auf ein Mineralvorkommen unter Anlegung mehrerer nebeneinander liegender Fundpunkte Felder von circa 2 Millionen Quadratlachtern zu muthen. Vgl. auch oben § 262 Anm. 9.

8) A. B. G. §§ 215, 216. Ueber das Vorrecht von Anträgen auf Feldesumwandlung und von Muthungen Dritter entscheidet das Alter des Gesuches. Die dinglichen Lasten des alten Feldes gehen auf das umgewandelte über. Neben dem durch die Umwandlung erworbenen Geviertfelde kann das Anrecht auf das früher verliehene gestreckte Feld nicht fortbestehen. Ist aber die Umwandlung z. B. wegen Mangels der Feldesfreiheit ungültig, so bleibt das ursprüngliche Recht bestehen, Achenbach a. a. O. Bd. 1 S. 425. Das A. B. G. § 215 verstattete ferner binnen 6 Monaten nach seinem Inkrafttreten Erweiterung der älteren gevierten Felder bis zum Umfang, den sie nach dem A. B. G. hätten erlangen können, zu beantragen. Diese Uebergangsbestimmung hat keine Anwendbarkeit mehr. Nach § 219 ferner hat der Eigenthümer eines gevierten Feldes, durch welches das gestreckte Feld eines Anderen eingeschlossen wird, im Falle des Freiwerdens des eingeschlossenen Feldes ein Vorrecht auf dasselbe.

9) Die Vermessung des Bergwerkes — A. B. G. §§ 39. 40 — hat nicht mehr, wie dies früher bei dem Erbbereiten der Längenfelder der Fall war, den Zweck, das Bergwerksfeld erst räumlich zu gestalten. Ihre Aufgabe ist vielmehr nur, den Umfang des bereits bei der Muthung und Verleihung im Situationsrisse bestimmten Feldes äußerlich, auf der Bodenoberfläche, kenntlich zu machen. Von Amtswegen findet ein Zwang zur Vermessung nicht mehr wie nach L. R. II, 16 § 172 ff. statt; dieselbe geschieht nur auf Antrag des Beliehenen oder der angrenzenden Bergwerkseigenthümer. Sie erfolgt unter Leitung der Bergbehörde. Der Antragsteller trägt die Kosten. Angrenzende Bergwerksbesitzer und die Besitzer der Grundstücke, auf denen zur Bezeichnung der Vermessungsergebnisse Lochsteine zu setzen sind, werden aufgefordert, am Verfahren Theil zu nehmen. Die Vermessung kann an sich den Umfang des Rechtes, welches aus

findlichen Bergwerken Wasser abzunehmen und denselben athmungsfähige Luft — s. g. gute Wetter — zuzuführen. Mit dem Recht solcher Anlagen wurden in früherer Zeit häufig zu Nutz und Frommen der im Gebirge betriebenen Bergwerke Unternehmer beliehen. Sie bilden — als s. g. Erbstollen — den Gegenstand eines eigenartigen Bergwerkseigenthumes zu Gunsten des Beliehenen — des Stöllners.

2. Der Stöllner kann den Stollen[2] sowohl durch freies Feld, wie durch fremde Bergwerksfelder treiben. Die bei ordnungsmäßigem Durchtreiben in freiem Felde gewonnenen bergmännischen verleihbaren Mineralien fallen ihm ohne weiteres zu. Noch wichtigere Vorrechte aber erhielt er wegen der Nützlichkeit der Anlage, wenn er in einer gewissen, gesetzlich bestimmten Tiefe — „der Erbteufe" — mit seinem Stollen in einem fremden Grubenfelde anlangte.[3] Der Stöllner hat nämlich:

a) fortan das Recht auf den „Stollenhieb", d. h. auf die in dem fremden Bergwerksfelde bei dem Durchtreiben des Stollens gefundenen verleihbaren Mineralien. Er kann aber auch anstatt derselben den vierten Pfennig vom Bergwerkseigenthümer fordern, d. h. $^1/_4$ der Kosten, welche er auf den Fortbetrieb des Stollens innerhalb des Feldes jenes Bergbauenden verwenden mußte.[4] Dies ohne Rücksicht, ob der Stollen dem Bergwerke Nutzen bringt.[5]

b) Wenn der Stollen dem fremden Grubenbau, in welchen er in der Erbteufe eingedrungen ist, Wasser benimmt oder ihm Luft bringt, so hat der Stöllner fortan sogar das Recht auf die Abgabe von $^1/_9$ des Ertrages des Bergwerks.[6]

3. Der Stöllner muß zur Vermeidung des Verlustes seines Rechtes den verliehenen Stollen so lange in gesetzmäßiger Weise weiter in das Gebirge treiben, bis er erklärt, auf den Fortbetrieb zu verzichten, in welchem Falle der

---

der Verleihung folgt, nicht ändern, wohl aber stellt sie regelmäßig einen Besitzstand her, so daß wer sie angreifen will, klagend auftreten und den Beweis ihrer Nichtübereinstimmung mit dem Rechte führen muß. Vgl. Berggesetz §§ 39, 40. Klostermann Lehrbuch S. 165.

1) L. R. II, 16 §§ 221—237, 244—247, 249, 251, 252, 383—471. Die §§ 81, 238—243, 248, 250, 471 sind als aufgehoben zu betrachten. Vgl. Achenbach S. 141 ff. besonders über das Geschichtliche dieses alten bergrechtlichen Institutes.

2) Die gesetzliche Ausdehnung — Breite und Höhe — des Stollens bestimmt L. R. II, 16 § 227.

3) Die Erbteufe bildeten mindestens 10 Lachter und eine Spanne — 20 Zoll — von der Dammerde — dem Rasen — des Schachtes aus gemessen. L. R. II, 16 §§ 428, 429.

4) Gemeinrechtlich gewährt man beide Rechte neben einander.

5) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 42 S. 19 ff. Vgl. L. R. II, 16 § 423.

6) L. R. II, 16 § 417 ff. Vgl. aber auch Gesetz über die Besteuerung der Bergwerke vom 12. Mai 1851 § 4, wonach sich das Neuntel auf ein Zehntel beschränkt. Ueber Fälle, in denen der Stöllner das halbe Neuntel bezieht. L. R. II, 16 §§ 434 ff. 442.

Stollen auf sein Ansuchen „verstuft", d. h. durch ein Seitens der Bergbehörde eingehauenes Zeichen als beendet erklärt wird.[7]

4. Der Stöllner wird „enterbt", d. h. seiner Vorrechte verlustig, wenn ein anderer gleichfalls mit Erbstollenrecht versehener Stollen in einer gewissen Tiefe — mindestens 7 Lachter unter ihm — in das Bergwerk einfällt. Nach Landrecht geschah die Enterbung auch durch eine s. g. Wasserhaltungsmaschine — richtiger Wasserhebungsmaschine —, welche die Wasser aus jener Tiefe hebt, falls die Maschine mit dem Erbstollenrecht beliehen war.[8]

5. Erbstollen, einst dem Bergbau nützlich, sind in der Gegenwart, da sich die Bergwerkseigenthümer entsprechender und wohlfeiler selbst, z. B. durch Dampfkraft, helfen können, lästig und unzweckmäßig geworden. Seit Inkrafttreten des Berggesetzes werden daher Erbstollengerechtigkeiten nicht mehr verliehen; die früher verliehenen aber bleiben in ihren Rechten, können auch, namentlich bis sie verstuft sind, weitergetrieben werden. Sie werden nach den Bestimmungen des früheren Rechtes aufgehoben, im Gebiete des Landrechtes insbesondere durch eine die gesetzliche Tiefe räumende Wasserhaltungsmaschine, obgleich auch dieser die Erbstollengerechtigkeit nicht mehr besonders verliehen wird.[9]

III. Rechtsverhältnisse.

§ 267. Rechte des Bergwerkseigenthümers.

1. Den Kern des Bergwerkseigenthums bildet das ausschließliche Recht des Eigenthümers des Werkes, die verliehenen Mineralien im verliehenen Felde aufzusuchen und zu gewinnen. Durch die Besitznahme der Mineralien wird er dann Eigenthümer.

Mit den verliehenen darf er nichtverliehene gewinnen, falls dieselben nach Entscheidung des Oberbergamtes nicht getrennt gewinnbar sind; dies auch dann, wenn sie einem Andern bereits verliehen sind. Derselbe kann Ersatz des hieraus dem Gewinnenden erwachsenen Reinertrages verlangen,[1] Rechnungsstellung soll er freilich nicht fordern dürfen.[2]

---

7) L. R. II, 16 § 235 ff. Versagt in Folge Aufgabe des Stollens der bisherige Wasserabfluß, so kann der Besitzer unterwärts belegener Grundstücke hierauf, abgesehen von besonderen Rechtstiteln, keine Entschädigungsansprüche stützen, Daubenspeck R. G. S. 496.

8) L. R. II, 16 § 469 ff.

9) A. B. G. § 223 Abs. 3.

1) A. B. G. § 56.

2) So wenigstens R. G. Bd. 10 S. 210, Daubenspeck R. G. S. 23. Vgl. aber unten Bd. 2 § 44 bei Anm. 6.

2. Das Bergwerkseigenthum erstreckt sich auf unbewegliches wie bewegliches **Zubehör** des Bergwerkes.

Als **unbewegliches** Zubehör sind namentlich anzusehen dem Bergwerkseigenthümer **gehörende Grundstücke**, welche dem Bergwerk dauernd dienen, z. B. zu Maschinen- oder Zechenhäusern, zu Wegen, Eisenbahnen, Kanälen, ferner **dingliche Nutzungsrechte** zu bergmännischen Zwecken an Grundstücken, sodann Hülfsbaue in freiem und fremdem Felde, welche letztere das Gesetz ausdrücklich als Zubehör bezeichnet.

Die Rechtsstellung der Aufbereitungsanstalten und der Hüttenwerke ist im neueren Bergrechte eine verschiedene. **Aufbereitungsanstalten**, in welchen die Mineralien durch **mechanische Mittel vom tauben Gestein gesondert werden**, bilden regelmäßig Zubehör der Bergwerke, für welche sie angelegt sind; **Hüttenwerke** hingegen, in welchen das Mineral durch **chemische Prozesse** ausgeschieden wird, sind der Vermuthung nach nicht mehr dem Bergwerke, dessen Mineralien sie verarbeiten, zugehörig, da diese Produktion als selbständiger Industriezweig angesehen wird.[4]

Zum **beweglichen** Zubehör des Bergwerkes zählen namentlich die **Betriebswerkzeuge** des Bergwerkes und der dazugehörigen Anlagen, wie Wagen, Thiere. Sind auch die geförderten Mineralien, welche noch auf dem Werke lagern, dessen Zubehör? Für die Regel ist dies zu verneinen,[5] wie auch getrennte Früchte aufhören, Zubehör der fruchttragenden Sache zu sein.

Natürlich können Gegenstände, welche an sich nicht Zubehör des Bergwerkes sind, demselben durch besondere Entschließung des Eigenthümers zugeschlagen werden. So Ackergrundstücke, welche zum Zwecke des Ausziegelns, Waldungen, die zur Gewinnung des Werkholzes — s. g. Grubenhölzer — erworben wurden.

3. Da das Bergwerkseigenthum vom Gesetze als unbewegliche Sache angesehen wird,[6] so finden hinsichtlich seiner Veräußerung und dinglichen Belastung, wie auch des Arrestes,[7] der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung[8] die gesetzlichen Vorschriften Anwendung, welche beim Grundeigen-

3) Das A. B. G. schweigt, abgesehen von § 60, über den Umfang des Zubehörs. Einen Anhalt kann geben A. B. G. § 135, wo die Anlagen aufgezählt sind, für welche das Enteignungsrecht in Anspruch genommen werden kann. — Vgl. auch Achenbach Bd. 1 S. 263 ff.

4) Hüttenwerke stehen daher nicht mehr unter Aufsicht der Bergbehörde, sondern der Regierungen. Gesetz vom 10. Juni 1861 § 12. Sie genießen auch nicht des Enteignungsrechtes, wie bergmännische Aufbereitungsanstalten. A. B. G. §§ 58, 135. Vgl. R. G. Bd. 12 S. 268 Daubenspeck R. G. S. 55.

5) Vgl. L. R. I, 2 §§ 65, 93. — R. G. Bd. 8 S. 222 Anm.

6) A. B. G. § 50; oben § 260 Anm. 8. Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 1 Ziff. 2. § 2 Abs. 3. § 10.

7) A. B. G. § 52.

thum gelten. Namentlich erhält das Bergwerk auch ein Grundbuchblatt, dessen Anlage sich im Wesentlichen nach den für Grundstücke gegebenen Regeln richtet.[9] Bei Begründung des Bergwerkseigenthumes durch eine vom Oberbergamt ertheilte Verleihung, und bei Umgestaltung des Bergwerks durch bestätigte Konsolidation, reale Theilung, Vertauschung ist der Erwerber von Amtswegen zur Eintragung anzuhalten. Freiwillige Veräußerung vollzieht sich seit dem 1. Oktober 1872 wie bei Grundstücken nur durch Auflassung und Eintragung. In anderen Fällen der Rechtsnachfolge, z. B. durch Erbgang, geht aber das Eigenthum ohne Eintragung über, ohne daß der früher von Amtswegen geübte Zwang zur Eintragung Platz greift.[10]

4. Der Beliehene hat petitorische Klagen, wie ein Grundeigenthümer; auch stehen ihm Besitzesklagen zu. Diese Rechtsmittel erstrecken sich nicht bloß auf die Grubenanlagen, sondern schützen sein Recht an dem gesammten verliehenen Felde.

5. Nach heutigem Bergrechte entscheidet grundsätzlich über Weise und Umfang des Betriebes das Belieben des Bergwerksbesitzers.[11] Doch steht der Bergbau unter der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörde.

Der Bergwerksbesitzer hat daher der Bergbehörde vor Inangriffnahme des Betriebes einen Betriebsplan einzureichen. Die Behörde darf denselben binnen 14 Tagen beanstanden, wenn er gegen die gemäß § 196 des A. B. G. von ihr wahrzunehmenden öffentlichen Interessen verstößt. Kommt sie nach der Beanstandung nicht zu einer Einigung mit dem Bergwerksbesitzer, so darf sie ihn einseitig abändern. Dies ermächtigt sie jedoch nicht, Einstellung des Betriebes mit Rücksicht auf öffentliche Interessen anzuordnen. Denn hierin läge keine Abänderung des Betriebsplanes, sondern eine Enteignung, welche nur gegen Entschädigung geschehen darf.

6. Der Bergwerksbesitzer hat das Recht der Enteignung der Benutzung der Erdoberfläche zu Zwecken des Bergbaues und zwar behufs der Grubenbaue, wie bestimmter anderer vom Gesetze aufgeführter Anlagen, z. B. Niederlageplätzen, den zur Gewinnung und dem Absatz der Bergwerksprodukte erforderlichen Wegen, Aufbereitungsanstalten.[12] [13] In

---

8) Citirtes Gesetz vom 13. Juli 1883 § 157 ff.

9) G. B. O. §§ 6. 17 Formular III.

10) G. B. O. § 30.

11) Vgl. A. B. G. § 66 ff. Ueber die Ausnahme des § 65 siehe näheres unten § 273.

12) Vgl. A. B. G. § 135 entsprechend L. R. II, 16 § 109 und der Deklaration vom 27. Oktober 1804, beschränkter für die nicht verliehenen sächsischen Kohlenbergwerke nach Gesetz vom 22. Februar 1869.

13) Soll der Bergbau planmäßig mittels Zubruchgehen der Oberfläche des Bergwerksfeldes geschehen, so muß Enteignung des Grundeigenthums vorhergehen. Ist das Zubruchgehen bloß Folge des Betriebs, so tritt die Verpflichtung des Berg-

Streitfällen entscheidet über Bedürfniß, Umfang und Dauer der Zwangsabtretung Oberbergamt und Bezirksausschuß gemeinschaftlich durch Beschluß, welcher auch über die Höhe der zu leistenden Entschädigung bestimmt, so daß hierüber aber der Rechtsweg offen bleibt.[14] Bei der Schätzung ist die Minderung des Jahreseinkommens des Grundbesitzers in Anschlag zu bringen. Auf Verlangen ist ihm Sicherheit für die jährliche Entschädigung, sowie für den etwaigen Minderwerth des Grundstückes bei dessen Rückgabe zu stellen.[15] Das solcher Gestalt erworbene Nutzungsrecht kann je nach Umständen eine Grundgerechtigkeit, z. B. ein Wegerecht, oder eine Superficies bilden. Zur Wirksamkeit gegen Dritte bedarf es nach besonderer gesetzlicher Bestimmung der Eintragung nicht.[16] Es erlischt mit gänzlicher Einstellung des Betriebes des Bergbaues. Der Grundeigenthümer kann verlangen, daß der Bergwerksbesitzer statt bloßer Nutzung das Eigenthum erwirbt, wenn feststeht, daß die Benutzung des Grundstückes länger als 3 Jahre dauern wird, oder wenn sie nach Ablauf von 3 Jahren fortdauert.[17] Auch dann kann er Abnahme des Eigenthums vom Bergwerksbesitzer fordern, wenn das Grundstück durch die Benutzung eine Werthverminderung erlitt und der Bergwerksbesitzer dasselbe im verschlechterten Zustande unter Ersatz der Werthverminderung zurückgeben will.[18]

7. Der Bergwerkseigenthümer hat, soweit dies für den Betrieb seines Bergwerkes nothwendig oder nützlich ist, das Recht zu Hülfsbauen, d. h. zu Anlagen außerhalb seines Feldes, z. B. zu Stollen ferner zu Luftschachten, um schlechte Wetter abzuleiten und gute zuzuführen — Wetterlösung. Hülfsbaue sind im freien Felde, und sofern der fremde Bergbau hierdurch nicht gestört oder gefährdet wird, auch im Felde anderer Bergwerksbesitzer gestattet.[19] Sie bilden dingliche Rechte an fremder Sache. Wer

---

werksbesitzers zur Entschädigung des Grundeigenthümers nach A. B. G. § 148 ein. Daubenspeck R. G. S. 198 ff. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1079.

14) Vgl. A. B. G. § 142 ff. und § 150 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883. Der Bergwerksbesitzer hat stets die Kosten der ersten Instanz des Verwaltungsverfahrens zu tragen.

15) Das Enteignungsrecht kann Wohn-, Wirthschafts- und Fabrikgebäude und deren eingefriedete Hofräume nicht ergreifen. Es ist ihm nicht stattzugeben, wenn überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses oder besondere Rechtstitel auf Befreiung entgegenstehen. A. B. G. §§ 136, 145. Ueber den besonderen Rechtstitel ist in Streitfällen im Rechtswege zu entscheiden.

16) E. E. Ges. § 12 Abs. 2. Solche Rechte gehen daher im Fall der Zwangsversteigerung auf den Ersteher über. Zw. V. Ges. vom 13. Juli 1883 § 22 Abs. 3.

17) A. B. G. § 138. Die Enteignung geschieht ohne Auflassung durch den Beschluß; vgl. A. B. G. § 140 verb.: zwangsweise Erwerbung. So auch Entsch. des Kam. Ger. Bd. 7 S. 139. Dagegen Arndt bei Gruchot Bd. 33 S. 24.

18) A. B. G. § 137 Abs. 2. Der Grundbesitzer hat also, wenn das Grundstück nicht unverändert zurückgegeben wird, die Wahl zwischen Ersatz der Minderung und Abkauf. Von der getroffenen Wahl kann er nicht abgehen.

durch den Hülfsbau beschädigt wird, hat Recht auf Entschädigung. Sie ist in Ermangelung einer Einigung im Rechtswege festzusetzen. In freiem Felde bei Ausführung eines Hülfsbaues gewonnene Mineralien gehören dessen Bauherrn, wie wenn sie sich in dem ihm verliehenen Bergwerke fänden, im fremdem Grubenfelde gewonnene Mineralien sind dem Bergwerksbesitzer, welcher deren Gewinnungsrecht hat, unentgeltlich herauszugeben.[20]

§ 268. Die Gewerkschaft alter Verfassung.[1]

Für die gemeinschaftliche Unternehmung des Bergbaues, wie sie bei dem bedeutenden Kapitalaufwande und dem großen Risiko dieses Gewerbes häufig erforderlich ist, hat das ältere deutsche Recht eine eigene Gesellschaftsform, die Gewerkschaft, geschaffen. Und zwar hatte nach früherem preußischen wie gemeinem Rechte der gemeinsame Bergbau mit Nothwendigkeit diese Form,[2] welche unabhängig von dem Belieben der Theilhaber eintrat und hinsichtlich der Verfassung ursprünglich nicht abänderlich war. Sie beruht auf der Annahme, daß die Theilhaber — s. g. Gewerken — Miteigenthümer des Bergwerkes und des der Gewerkschaft gehörigen, dem bergmännischen Betriebe gewidmeten Vermögens seien.[3] Dies Miteigenthum nahm in mancher Beziehung eine korporative Gestalt an, welche neuerdings in Folge dringender wirthschaftlicher Bedürfnisse höhere Bedeutung erlangt hat.

Gewerkschaften solcher Art hat das A. B. G. in großer Zahl vorgefunden und, da sich auf dieser Grundlage wichtige Privatrechte gebildet hatten, im Wesentlichen unangetastet gelassen. Das Gesetz hat aber eine neue Form der Gewerkschaft eingeführt, welche ihr die Gestalt einer juristischen Person in größerer Reinheit giebt, so daß solche Gewerken nach Außen hin nicht als Miteigenthümer erscheinen. Dieser neuen Form unterstehen die Gewerkschaften, welche sich nach Inkraftreten des A. B. G. gebildet haben und

---

19) Vgl. A. B. G. § 60. Auch Transportanstalten gehören hierher. Im Streitfalle entscheidet das Oberbergamt über die Verpflichtung mit Ausschluß des Rechtsweges. Bis die Entscheidung gefällt ist, können die Grundeigenthümer und Bergwerksbesitzer Besitzesschutz gegen derartige Anlagen fordern, auch die a. negatoria anstellen. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 289 ff. Ueber die Bemessung der Entschädigung vgl. Entsch. Bd. 74 S. 88.

20) A. B. G. § 63. Vgl. auch E. E. Ges. § 68 Ziff. 3.

1) A. B. G. §§ 94 ff. 226 ff. Vgl. auch oben § 223 über die Rechtsstellung der Miteigenthümer. Ueber die Geschichte der Gewerkschaft siehe besonders Achenbach Bd. 1 S. 290 ff.

2) L. R. II, 16 § 128, ferner unten bei Anm. 36. Nach L. R. II, 16 § 129 ff. trat diese Gesellschaftsform nur dann nicht ein, wenn die Eigenthümer, s. g. Eigenlehner, an Zahl nicht mehr als 8 waren, und wenn wenigstens 4 derselben den Bau mit eigener Hand verrichteten.

3) L. R. II, 16 § 131 spricht von Gesammteigenthum, womit man aber dasselbe, wie gemeinschaftliches Eigenthum bezeichnen wollte. So auch R. G. Bd. 3 S. 279, Brassert das Bergrecht des allgemeinen L. R., S. 150 ff.

die älteren Gewerkschaften, welche sich freiwillig die neue Verfassung geben. Die bei Erlaß des Gesetzes gehegte Erwartung, daß diese Umwandlung bald allgemein geschehen werde, hat sich nicht verwirklicht. Es muß also die Gewerkschaft alter Verfassung und die neue Gewerkschaft unterschieden werden.

Für die Gewerkschaft alter Verfassung gelten folgende Rechtssätze:

1. Das gewerkschaftliche Bergwerkseigenthum[4] zerlegt sich in eine bestimmte Anzahl von Antheilen oder Kuxen, und zwar in 128, eine Zahl, zu welcher fortlaufende Theilung durch 2 geführt hat. Mehrere Kuxe können sich in der Hand eines Gewerken befinden. Andererseits kann ein Kux in beliebige kleinere Bruchtheile zerfällt werden, was nicht selten zu einer schädlichen Zersplitterung der Kuxe geführt hat.[5]

2. Die Kuxe gelten als unbewegliche Sachen.[6] Die einzelnen Gewerken sind als Eigenthümer ihrer Kuxe oder Kuxtheile in das Grundbuch auf ihren Antrag einzutragen. Die freiwillige Veräußerung des Kuxes geschieht seit dem 1. Oktober 1872 nur durch Auflassung. Für die Verpfändung steht der Weg der Hypothekbestellung oder auch der Aufnahme einer Grundschuld offen.[7] Der Kux oder Kuxantheil unterliegt der Zwangsvollstreckung in Immobilien.[8]

Die einzelnen Gewerken sind nicht befugt, gegen einander auf Theilung zu klagen.[9] Die Kuxe können ohne Einwilligung der Mitgewerken veräußert werden, die Gewerken haben kein gesetzliches Vorkaufsrecht.[10]

3. Soweit nicht abweichende statutarische Festsetzungen bestehen,[11] werden die gemeinsamen Angelegenheiten durch Beschlüsse der Gewerkenversammlung geregelt. Zur Gültigkeit ist die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Berufung der Gewerken sowie die schriftliche

---

4) Ohne Eigenthum ist eine Gewerkschaft undenkbar, Daubenspeck R. G. S. 86.

5) Nach der Bestimmung des L. R. II, 16 § 135 sollte die Theilung nicht unter einem Achtel eines Kuxes betragen. Das A. B. G. § 228 verbietet jede andere Zertheilung als die decimale, auch für die älteren Bergwerke, vgl. noch unten § 269 im Text hinter Anm. 4. Eine anderweite Theilung ist daher fortan ungültig und vom Grundbuchrichter nicht anzuerkennen. Dagegen kann der einzelne Kux im Miteigenthum Mehrerer stehen, so daß diese als Theilberechtigte auf denselben eingetragen werden. Der Gewerkschaft gegenüber ist dann aber ein Bevollmächtigter zu bestellen.

6) A. B. G. § 228 Abs. 2.

7) A. B. G. § 231. E. E. Gesetz 1872 § 68 z. Ans. Formular III der G. B. O. — vgl. dort § 17 — ist der Gewerkschaft alter Verfassung bestimmt.

8) Wem die Gewerkschaft das ganze Bergwerk verpfändet hat, der kann nicht die Kuxe einzelner Gewerken zur Zwangsversteigerung bringen. Er kann aus dieser ideellen Theilung keine Rechte herleiten. Gruchot Bd. 9 S. 234. Die Rangordnung zwischen dem Gläubiger, welchem das ganze Werk verpfändet ist, und den Gläubigern der einzelnen immobiliaren Kuxe richtet sich nach der Zeit der Eintragung im Grundbuch.

9) A. B. G. § 100.

10) A. B. G. § 104. Vgl. L. R. II, 16 § 322.

11) L. R. II, 16 § 268. Daubenspeck R. G. S. 80.

Abfassung der Beschlüsse erforderlich.[12] Berufen wird die Gewerkenversammlung in der Regel vom Repräsentanten oder Grubenvorstand, ausnahmsweise durch die Bergbehörde.[13] Zur Beschlußfähigkeit ist erforderlich,[14] daß entweder sämmtliche zur Zeit der Berufung im Grundbuche eingetragene[15] Gewerken anwesend sind oder unter Angabe der Tagesordnung gehörig eingeladen wurden[16] und der Mehrheit nach erscheinen, oder daß, nachdem in der ersten Versammlung diese Mehrheit nicht gegenwärtig war, eine zweite Versammlung unter der Verwarnung einberufen wurde, daß die Beschlußfähigkeit ohne Rücksicht auf die Zahl der Theilnehmer eintrete. In der Gewerkenversammlung wird nach Kuxen abgestimmt. Die Abstimmung geschieht mündlich; Vertreter sind in der Versammlung zu legitimiren, die Vollmacht kann nicht nachgebracht werden. Zur Beschlußfassung genügt in der Regel einfache Mehrheit; zu Verfügungen über die Substanz des Bergwerks, insbesondere zu dessen Verpfändung im Ganzen, sowie zu dessen Verpachtung, ist die Mehrheit von drei Vierteln aller Kuxe erforderlich.[17] [18] Sind, wie dies meistens der Fall sein wird, einzelne Kuxe bereits mit Hypotheken belastet, so ist zur Verpfändung des Ganzen sogar die Einstimmigkeit nöthig.[19]

Richterliche Aufhebung formell gültiger Mehrheitsbeschlüsse kann, wenn sie der Gewerkschaft nachtheilig sind,[20] von Gewerken, welche

---

12) Durch diese Beschlüsse kann die Gewerkenversammlung nicht bloß ihren Organen Anweisungen über Abschluß von Rechtsgeschäften geben, sie kann sich auch durch dieselben Dritten gegenüber unmittelbar binden. Daubenspeck R. G. S. 155.

13) A. B. G. § 122.

14) A. B. G. § 112. 113.

15) A. B. G. § 106, L. R. II, 16 § 266. Auch anwesende, aber nicht eingetragene Gewerken haben kein Stimmrecht. Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 205.

16) Die zu verhandelnden Gegenstände sind genau zu bezeichnen. Ueber den Grad der nothwendigen Genauigkeit befindet in Streitfällen richterliches Ermessen. Es muß jede Art von Ueberrumpelung ausgeschlossen sein. Vgl. R. G. Bd. 17 S. 171, Daubenspeck R. G. S. 134. Die Einladung hat durch Postzustellungsurkunden zu geschehen, wenn nicht andere Weisen, insbesondere durch eingeschriebene Briefe, statutarisch nachgelassen sind. Gewerken, welche weder im Inlande, noch in einem deutschen Bundesstaate wohnen, haben zur Empfangnahme der Einladungen einen Bevollmächtigten im Inlande zu bestellen. Ist dies nicht geschehen, so reicht ein vierzehntägiger Aushang im Amtslokal des Revierbeamten aus. Dasselbe gilt bei Gewerken, deren Wohnort dem Berufenden, also in der Regel dem Repräsentanten, unbekannt ist. A. B. G. § 112, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 276, wonach Anzeige zu den Grundakten nicht genügt. Unter Inland ist hier das Deutsche Reich zu verstehen. Arndt zu § 112, unten Anm. 22.

17) A. B. G. §§ 113. 114. Entsch. d. O. Trib. Bd. 76 S. 208.

18) Der Repräsentant, welcher Mitgewerke ist, kann zu seiner eigenen Entlastung mitstimmen. R. G. Bd. 4 S. 303, bei Daubenspeck R. G. S. 137.

19) A. B. G. §§ 114. 230 Abs. 2. Vgl. übrigens oben Anm. 8.

20) A. B. G. § 115 vgl. L. R. I, 17 § 15. Auch Beschlüsse in Personenfragen unterliegen dem Widerspruchsrecht, Daubenspeck R. G. S. 145. Die Aufhebung kann

ihnen nicht zustimmen, gefordert werden. Sie müssen ihren Widerspruch binnen 4 Wochen nach dem Beschlußtage bei dem ordentlichen Gerichte oder, falls dies die Statuten so anordnen, bei einem Schiedsgericht klagweise geltend machen. Widerspruch im Wege bloßer Einrede genügt nicht. Die Klage hemmt die Ausführung der Beschlüsse nur, wenn es sich um Verfügungen über die Substanz des Bergwerkes handelt; in anderen Fällen wird die Ausführung erst durch das rechtskräftige Erkenntniß, welches den Beschluß aufhebt, gehemmt.[21] Das Gericht kann jedoch nach allgemeinen Grundsätzen einstweilige Verfügungen erlassen.

Anfechtung von Beschlüssen wegen Gesetzwidrigkeit ist an die Frist nicht gebunden.

Verzicht der Gewerkschaft auf das verliehene Bergwerkseigenthum oder Verschenken desselben fordert Einstimmigkeit aller Kuxe.[22]

4. Die Gewerkschaft ist verpflichtet, einen im deutschen Reiche wohnenden Repräsentanten[23] oder einen aus mehreren Personen bestehenden Grubenvorstand zu bestellen. Der Grubenvorstand hat die Rechte und Pflichten der Repräsentanten.[24] [25] Der Repräsentant vertritt die Gewerkschaft in allen ihren

nicht verlangt werden, wenn dieselbe zu einer wesentlichen Aenderung des Zustandes, welcher vor dem Beschluß bestand, führen würde. Daubenspeck R. G. S. 144. Die Klage auf Aufhebung kann mit der auf Ungültigkeitserklärung des Beschlusses wegen formeller Mängel verbunden werden; vgl. aber Daubenspeck R. G. S. 147.

21) Vgl. A. B. G. § 116. Nicht unbestritten ist die Frage der Beweislast. Das Obertribunal nahm Entsch. Bd. 61 S. 306 ff. an, daß Kläger zwar die Gründe aus denen er die Unzweckmäßigkeit des Beschlusses folgert, in der Klage anzuführen und nach allgemeinen Grundsätzen nachzuweisen habe, daß aber auch der verklagten Gewerkschaft obliege, ihre Beschlüsse zu begründen, und daß sie sich nicht auf eine Verneinung des klägerischen Vorbringens beschränken dürfe. In der That entspricht dies der Natur des Verhältnisses, da die Gewerkschaft in gewissem Sinne die Geschäfte der einzelnen Gewerken besorgt, siehe jedoch Gruchot Bd. 14 S. 804 ff. Vgl. überhaupt R. G. Bd. 4 S. 296.

22) A. B. G. § 114 Abs. 2.

23) A. B. G. § 117. Unter Inland ist derzeit das deutsche Reich zu verstehen, Zeitschr. f. B. R. Bd. 20 S. 265. Ueber den Wahlmodus vgl. A. B. G. § 118. Auch Frauen können Repräsentanten sein. Gruchot Bd. 10 S. 376. Die notarielle oder richterliche Urkunde über den Wahlakt reicht zur Legitimation des Repräsentanten aus, sofern der Notar oder Richter, wie es ihm obliegt, die gehörige Einladung der Gewerken geprüft und protokollirt hat.

24) Die Mitglieder des Grubenvorstandes müssen in der Regel sammt und sonders handeln. L. R. I, 13 §§ 201—207 — unten Bd. 2 § 180 bei Anm. 18 ff. —, auf welche A. B. G. § 128 verweist. Scheidet daher ein Mitglied des Vorstandes aus, so können die übrigen Mitglieder die Rechte des Grubenvorstandes nicht ausüben, solange der Vorstand nicht ergänzt ist. Die verbleibenden Vorstandsmitglieder sind nicht einmal zur Berufung der Gewerkenversammlung behufs Ergänzung des Vorstandes befugt. R. G. Bd. 16 S. 174, bei Daubenspeck R. G. S. 128. Alle diese Bestimmungen sind aber bloß dispositive. Es kann also durch das Statut jedem Vorstandsmitglied selbständig die volle Vertretung eingeräumt werden.

25) Nach L. R. II, 16 § 269 war der sogenannte Lehnsträger, d. h. der zunächst mit dem Bergwerkseigenthum Beliehene, Repräsentant der Gewerkschaft in allen Angelegenheiten, welche die Beleihung und Bewahrung des Eigenthums betrafen.

Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich.[26] Einer Spezialvollmacht bedarf er zu Angelegenheiten, welche nur von einer Mehrheit von drei Viertheilen aller Kuxe oder mit Einstimmigkeit beschlossen werden können, sowie zur Ausschreibung von Zubußen.

Beschränkungen des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht des Repräsentanten sind — wie die eines Handlungsbevollmächtigten — zulässig. Sie müssen aber in die Legitimationsurkunde aufgenommen werden, widrigenfalls sie gegen Dritte ohne Wirkung sind, welche mit dem Repräsentanten abschließen, ohne sie zu kennen.[27] Niemals kann dem Repräsentanten die Befugniß entzogen werden, Zustellungen für die Gewerkschaft in Empfang zu nehmen.[28] Die Vollmacht des Repräsentanten ist jederzeit widerruflich. Er hat der Gewerkschaft, nicht aber den einzelnen Gewerken Rechnung zu legen.

Fehlt es an einem Repräsentanten, so ist die Bergbehörde befugt, eine Gewerkeversammlung zur Wahl eines solchen zu berufen.[29] Auch kann sie, bis dieser Aufforderung entsprochen wird, für die Zwischenzeit einen Repräsentanten unter Zusicherung einer Vergütung zu Lasten der Gewerkschaft ernennen.[30]

5. Schulden der Gewerkschaft verpflichteten nach älterem preußischen Rechte die Gewerken persönlich und solidarisch,[31] nach A. B. G. verbinden sie aber nur die Gewerkschaft,[32] sei sie nun alten oder neuen Rechtes. Die Gewerkschaft kann aber natürlich behufs Tilgung ihrer Schulden die Gewerken durch Zubußen heranziehen.[33]

Die Gewerkschaft als solche kann klagen und verklagt werden.[34]

---

26) A. B. G. § 119 ff. Der Repräsentant hat auch das Recht, Bevollmächtigte zu ernennen und zwar in derselben Weise wie ein Geschäftsherr.

27) A. B. G. § 119 Abs. 4. Redlichen Dritten gegenüber wird die Gewerkschaft daher durch solche Verträge des Repräsentanten gebunden, die mit den Beschlüssen der Gewerkenversammlung im Widerspruch stehen, ebenso durch solche, gegen welche eine von der Minderheit erhobene und gerichtlich anerkannte Einsprache vorliegt. Der Repräsentant wird der Gesellschaft in Folge solcher Uebergriffe aber persönlich verantwortlich. — So auch Daubenspeck R. G. S. 155.

28) A. B. G. § 124 z. Anf.

29) Vgl. A. B. G. § 122 Abs. 4, auch über Widerruf der Bestellung des Repräsentanten R. G. Bd. 16 S. 174, bei Daubenspeck S. 131 hat sich gegen die Ansicht ausgesprochen, daß in solchem Falle jeder einzelne Gewerker zur Berufung der Gewerkenversammlung befugt sei.

30) A. B. G. § 127.

31) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 15 S. 48.

32) A. B. G. § 99. Vgl. §§ 226, 227, Daubenspeck R. G. S. 98. Es ist hieraus nicht zu folgern, daß die Verbindlichkeiten der Gewerkschaft auf ihrem Vermögen dinglich haften und auf dritte Erwerber des Vermögens übergehen.

33) Daubenspeck R. G. S. 98.

34) Obgleich das A. B. G. §§ 96. 227 dies nur für die Gewerkschaft neuer Form bestimmt, so gilt der gleiche Satz für die Gewerkschaft alter Verfassung, da man ihn auch früher für dieselbe anerkannte. Ueber den Gerichtsstand der Gewerkschaft vgl. C. R. P. O. § 19 Abs. 2.

6. Die Gewerkschaft löst sich auf, wenn sie kein Bergwerk mehr hat, sei es in Folge der Entziehung durch die Bergbehörde, eines bestätigten Beschlusses der Gewerkenversammlung über dessen Aufgabe, oder Veräußerung. Nach der Auflösung ist der den Gewerken verbleibende gemeinsame Besitz gemäß den Grundsätzen des Miteigenthums zu beurtheilen, so daß unter Anderem nunmehr eine Theilungsklage und Vorkaufsrechte der Genossen erwachsen. Den Gläubigern der Gewerkschaft gegenüber gilt dieselbe jedoch bis zur völligen Abwickelung ihrer Verpflichtungen als prozeßfähig, so daß sie durch ihre bisherigen Repräsentanten oder an deren Stelle zu ernennende Liquidatoren zu vertreten ist. Das Grundbuchblatt der Gewerkschaft ist erst zu schließen, wenn den Gewerken gemeinsame, auf ihren Namen eingetragene Grundstücke nicht mehr zustehen.[35]

Die Gewerkschaft wird aufgelöst, wenn Konkurs über sie eröffnet wird.[36]

Vereinigung sämmtlicher Kuxe in einer Hand hebt die Gewerkschaft nicht auf.[37]

7. Umwandlung der Gewerkschaft in eine nichtgewerkschaftliche Gesellschaft fordert Einstimmigkeit der Gewerken, Einwilligung der Pfandgläubiger und gerichtliche oder notarielle Erklärung.[38]

35) Das A. B. G. hat über die Auflösung der Gewerkschaft keine besonderen Bestimmungen getroffen. Es finden sich daher verschiedene Ansichten. Klar ist, daß die Verfassung der Gewerkschaft Eigenthum an einem Bergwerk voraussetzt und daß ohne solches eine Gewerkschaft nicht besteht; vgl. § 94. Aber, wie bei der Korporation, sind die Organe der ehemaligen Gewerkschaft verpflichtet, sie nach ihrer Auflösung bezüglich der Schulden noch zu vertreten, es liegt ihnen daher ob, nachzuweisen, daß kein Vermögen mehr vorhanden ist, wenn sie die Vertretung wegen der Auflösung ablehnen. Vgl. oben § 56 Anm. 4. R. O. H. G. Bd. 19 S. 190, Werner bei Gruchot Bd. 20 S. 531, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1058, bei Daubenspeck R. G. S. 170. Die Gewerken haften nach Auflösung der Gewerkschaft und Theilung des gewerkschaftlichen Vermögens den Gläubigern der Gewerkschaft persönlich auf den Betrag ihrer Bereicherung. Daubenspeck R. G. S. 95.

36) Vgl. aber auch unten Bd. 2 § 119 Anm. 2.

37) Dies hat R. G. Bd. 23 S. 202, bei Daubenspeck R. G. S. 168 für die „neuere" Gewerkschaft, entsprechend L. R. II, 6 §§ 177 ff. angenommen. Es gilt aber auch für Gewerkschaften alten Rechts, welche durch das A. B. G. gleichfalls bis zu einem gewissen Grade korporativ gestaltet sind. Vgl. Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 12 S. 87, freilich auch Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 188. Von dem noch vorhandenen einzigen Gewerken können noch „einstimmig" Gewerkschaftsbeschlüsse gefaßt werden. Die Auflösung erfolgt nach dem R. G. Erkenntniß erst, „wenn der Alleineigenthümer der Kuxe einen bestimmten auf Aufhebung der Gewerkschaft gerichteten Willen in äußerlich erkennbarer Weise ausgesprochen hat." Bei Altkuxen hat dies durch entsprechende Eintragungen im Grundbuch zu geschehen. Bei Neukuxen ist die Weise der Erklärung zweifelhaft. Es wird vorzugsweise darauf ankommen, ob der Alleineigenthümer die Vertretung der „Gewerkschaft" als solcher beseitigt hat.

38) Es gilt dies namentlich für die Umwandelung der Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft. Bei derartigen Umwandelungen bleibt das Rechtssubjekt dasselbe; ein Wechsel im Eigenthum findet nicht statt R. G. Bd. 26 S, 334, Daubenspeck R. G. S. 159. Dennoch hat das R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1173, Daubenspeck R. G. S. 162 angenommen, daß die Gewerken, welche ihre Kuxe in Aktien umtauschen

§ 269. Die Gewerkschaft neuer Verfassung.[1]

Das bei der Gewerkschaft alter Verfassung den einzelnen Gewerken zustehende Recht, ihre Antheile zu verpfänden, macht es der Gewerkschaft selbst meist thatsächlich unmöglich, eine Verpfändung des Bergwerkes ihrerseits ins Werk zu setzen, und so den zur Hebung der Produktion wünschenswerthen Realkredit zu finden. Dies veranlaßte das Berggesetz, der Gewerkschaft eine Gestaltung zu geben, bei welcher jenes Hinderniß nicht mehr besteht. Die neue Verfassung tritt ein, wenn sich seit Inkrafttreten des Berggesetzes Mehrere zum Betriebe desselben Bergwerkes verbinden, sofern nicht notariell oder gerichtlich eine andere Form als die der Gewerkschaft bestimmt ist,[2] desgleichen, wenn eine ältere Gewerkschaft sich rechtsbeständig die neue Verfassung giebt.

Das Wesentliche der neuen Verfassung liegt darin, daß die Gewerkschaft die Gestalt einer juristischen Person hat, und nach Außen hin ausschließlich als Eigenthümerin des Bergwerksvermögens angesehen wird. In Folge dessen ist einzig sie im Grundbuche einzutragen und allein zur Veräußerung und dinglichen Belastung des Bergwerkes — im Ganzen oder auch zu einem ideellen Theile — befähigt.[3] Dagegen sind die Rechte der Gewerkenversammlung und des Repräsentanten, sowie die Rechte und Pflichten der einzelnen Gewerken gegenüber der Gesammtheit wesentlich dieselben wie bei der alten Verfassung. Auch die Auflösung geschieht nach denselben Grundsätzen.

---

ein „Anschaffungsgeschäft" im Sinne der Stempelgesetzgebung vornehmen. Das ist schwer mit der principiellen Entscheidung des Reichsgerichts zu vereinigen und läßt sich nicht rechtfertigen. Bei Umwandlung der Kuxe in eine Aktie wird nichts „angeschafft". Es erhält nur ein dem Betheiligten gehörendes Antheilrecht eine handlichere, bequemer in den Verkehr zu bringende rechtliche Form. — Im Fall der Umwandlung der Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft und was dem Wesen nach nicht verschieden ist, der Veräußerung des einer Gewerkschaft gehörenden Bergwerkes mit Aktiven und Passiven an eine neubegründete Aktiengesellschaft, welche wenigstens vorzugsweise aus den früheren Gewerken besteht, erhalten die Gläubiger der Gewerkschaft unmittelbar Klagerechte gegen die Aktiengesellschaft, ohne daß es einer besonderen, verpflichtenden Erklärung der Aktiengesellschaft gegen die Gläubiger bedarf, denn das verpflichtete Subjekt hat zwar einen neuen Namen angenommen und neue rechtliche Fähigkeiten gewonnen, ist aber dem Wesen nach dasselbe geblieben. — Siehe noch Ztschrift für Bergrecht Bd. 33 S. 238. — Ueber Konsolidation vgl. unten § 272 Ziff. 1 a. E.

1) A. B. G. § 94 ff.

2) A. B. G. § 133. Es genügt, daß zwei Personen am Bergwerk betheiligt sind. A. B. G. § 94. — Eine Gewerkschaft tritt jedoch nicht ein, wenn das Bergwerk zu einer noch nicht getheilten Erbschaft — vgl. unten Bd. 3 § 238 — oder sonstigen gemeinsamen Vermögensmasse gehört. A. B. G. § 133 Abs. 2. Ein Alleineigenthümer eines Bergwerkes kann ohne Veräußerung keine Kuxe schaffen und verpfänden. Gleiches gilt für Gewerkschaften alten Rechtes.

3) Vgl. A. B. G. § 98.

Der Kux — Neukux —, gilt bei der neuen Gewerkschaft nicht mehr als ideeller Theil des Immobiles, sondern als bewegliche Sache. Er gewährt, ähnlich wie eine Aktie, Anspruch auf Mitverwaltung des Unternehmens und auf entsprechenden Antheil am Reingewinn. Die Verschiedenheit der Aktie und des Kuxes liegt vorzugsweise darin, daß der Aktionär nur zur Einzahlung des Betrages, auf welchen seine Aktie lautet, genöthigt werden kann, während dem Inhaber des Kuxes die Verpflichtung von Zuschüssen — unter gleichen Voraussetzungen wie beim Altkux — je nach Bedürfniß obliegt. Deshalb können Aktien auf den Inhaber lauten, Kurscheine hingegen müssen nothwendigerweise auf Namen gestellt sein.[4]

Die Zahl der Neukuxe beträgt 100 oder nach Bestimmung des Statuts 1000. Untertheilungen, wie sie beim Altkux vorkommen, sind unzulässig, weil sie die Verwaltung, insbesondere die Einziehung der Zubuße, erschweren und weil man verhüten wollte, daß Kuxscheine von geringem Betrag kleinen Leuten, welche den Werth der damit verbundenen Glückschance nicht zu bemessen wissen, in die Hände gespielt werden. Die Neukuxe sind als bewegliche Sache nicht im Grundbuche, vielmehr in einem Verzeichniß, welches die Gewerkschaft selbst führt, dem Gewerkenbuche, einzutragen.[5] Jeder Gewerke erhält auf Verlangen eine Bescheinigung über seinen eingetragenen Antheil, den Kuxschein, von der Gewerkschaft. Die Uebertragung des Neukuxes fordert Schriftlichkeit.[6] Der Uebertragende ist dem Erwerber außerdem zur Aushändigung des Kuxscheines verpflichtet. Die Umschreibung im Gewerkenbuche darf nur auf Grund der Uebertragungsurkunde und gegen Vorlegung des Kuxscheines oder dessen Amortisationserklärung erfolgen. Nur wer im Gewerkenbuche als Eigenthümer eines Kuxes verzeichnet ist, wird, der Gewerkschaft gegenüber, bei Ausübung seiner Rechte als Gewerke angesehen. Verpfändung des Neukuxes fordert Uebergabe des Kuxscheines als Faustpfand auf Grund schriftlichen Vertrages. Der Neukux unterliegt den Grundsätzen über Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.[7]

---

4) A. B. G. § 103 Abs. 3. Vgl. aber auch § 237 daselbst und Entsch. des Kam. Ger. Bd. 12 S. 141.

5) A. B. G. § 103 Abs. 1.

6) A. B. G. § 105. Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 290. Die Annahme bedarf der Schriftlichkeit nicht. Ist Uebertragung eines Neukuxes Cession? Das R. G. Bd. 28 S. 251, bei Daubenspeck, S. 118 verneint die Frage, da der Kux kein bloßes Forderungsrecht bildet, sondern einen Antheil darstellt und als bewegliche Sache gilt. Daher verlangt das R. G. den Verkaufs- nicht den geringeren Cessionsstempel für die Abtretungsurkunde. Blankocessionen sind unzulässig, vgl. unten Bd. 2 § 82 Anm. 2.

7) A. B. G. §§ 109 ff. R. C. P. O. §§ 708, 712. Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 300. Ueber Amortisation eines verloren gegangenen Kuxscheines bestimmen —

Die Verfassung der Gewerkschaft ist nicht unveränderlich durch das Gesetz geordnet. Vielmehr kann sich die Gewerkschaft jederzeit auf Grund einer Dreiviertelmehrheit durch gerichtliches oder notarielles Statut eine von der regelmäßigen abweichende Verfassung geben, doch müssen hierbei gewisse Fundamentalsätze unberührt bleiben. Errichtung, Abänderung, Aufhebung des Statuts, bedarf der Bestätigung durch das Oberbergamt, welche in dessen Ermessen gestellt, jedenfalls aber bei Verstößen gegen zwingende Rechtssätze, sowie gegen das öffentliche Interesse zu versagen ist.[8] [9]

Zur Umwandlung einer Gewerkschaft des alten in eine solche neuen Rechtes[10] bedarf es der Dreiviertelmehrheit der Gewerken, wie solche überhaupt zu Verfügungen über die Substanz nöthig ist.[11] Die Zustimmung der an den Altkuxen Realberechtigten wird nicht erfordert, ihre Ansprüche verwandeln sich in Faustpfandrechte an den Neukuxen. Die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger der Kuxe können jedoch, sofern dies die Natur ihres Anspruches gestattet, Befriedigung vor der Verfallzeit binnen vom Gesetz bestimmter kurzer Ausschlußfrist gerichtlich geltend machen. Erst nach Erledigung dieser hypothekarischen Anrechte wird der Beschluß von dem Oberbergamt bestätigt.[12] Die Zahl der umgewandelten Kuxe soll auf 100 oder 1000 bestimmt werden, es kann jedoch mit Genehmigung des Ministers der öffentlichen Arbeiten im Fall des Vorhandenseins außergewöhnlicher Schwierigkeit der Zurückführung auf diese Zahlen eine andere Zahl gewählt werden. Bleiben bei der neuen Eintheilung überschießende Kuxbruchtheile zurück, und einigen sich deren Eigenthümer nicht über ein anderes Verfahren, so erfolgt nach Zusammenlegung zu ganzen Kuxen auf Grund des bestätigten Gewerkschaftsbeschlusses deren nothwendige Subhastation, so daß aus dem Erlös antheilsmäßig zunächst die Hypothengläubiger, dann die bisherigen Eigenthümer befriedigt werden.

---

nach § 20 des Ausführungsgesetzes zur C. P. O. vom 24. März 1879 — R. C. P. O. §§ 823—850.

8) A. B. G. § 94 Abs. 2. Was von Errichtung eines förmlichen Statutes gilt, bezieht sich auch auf einzelne statutarische Bestimmungen. — Unabänderlich ist unter Anderem die Persönlichkeit der Gewerkschaft, die decimale Theilung der Kuxe, das Verbot der Untertheilung, die Bestellung eines Repräsentanten, Abs. 3 des § 94. — Vgl. noch R. O. H. G. Bd. 14 S. 244.

9) Z. B. wegen Feststellung einer Kuxzahl von tausend bei geringfügigen Bergwerken.

10) Nach A. B. G. § 235 war die Umwandlung schwer durchführbar. Um dieselbe zu erleichtern, wurde das Gesetz vom 9. April 1873 betreffend die Abänderung des § 235 des A. B. G. erlassen, Veränderungen blieben aber unberührt.

11) Der Beschluß kann auf Antrag der Gewerkschaft im Grundbuch vermerkt werden. Nach diesem Vermerk im Grundbuch Eingetragene unterliegen ihm schlechthin.

12) Gesetz vom 9. April 1873 § 235^{c}. Es wird dann das alte Grundbuchblatt geschlossen und ein neues für die „Gewerkschaft" angelegt. Einer Auflassung bedarf es nicht, da nur eine neue Form für das gemeinsame Eigenthum gewählt wird. War ein

§ 270a. Rechte und Pflichten der Gewerken gegenüber der Gewerkschaft.[1]

1. Die Gewerken haben bei beiden Arten der Gewerkschaft nach dem Verhältniß ihrer Kuxe ein Anrecht auf den jährlichen Reinertrag — die Ausbeute — des Bergwerkes. Die Ausbeute wird durch Gewerkschaftsbeschluß festgestellt, so daß gewöhnlich der Ueberschuß des Erlöses der gewonnenen Mineralien über die voraussichtlichen Betriebskosten des nächsten Jahres zur Vertheilung kommt.[2]

2. Umgekehrt ist der Gewerke verpflichtet, im Bedürfnißfall nach den Beschlüssen der Gewerkschaft zu den Kosten des Betriebes und zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gewerkschaft einen verhältnißmäßigen Zuschuß — Zubuße — zu leisten.[3]

Nach älterem Bergrechte konnte der Gewerke, welcher innerhalb gewisser Fristen seiner Verpflichtung zur Zahlung der Zubuße nicht nachgekommen war, seines Kuxes zu Gunsten der Gewerkschaft verlustig erklärt werden, womit auch die auf demselben eingetragenen Realberechtigten ihre Rechte verloren, während der Kux zum Besten der Gewerkschaft verkauft oder gegen Entrichtung der rückständigen Zubuße einem Gewerken oder Fremden überlassen wurde.[4] Ein derartiges Kaducirungsverfahren findet nach dem heutigen Bergrecht nicht mehr statt. Die Gewerkschaft kann vielmehr gegen den Gewerken nur auf Zahlung der Zubuße klagen.[5] Und zwar ist der Gewerke, welchem der Kux zur Zeit des Beschlusses über Er-

Altkux nur einem Realberechtigten verhaftet, so ist diesem der Kuxschein über den Neukux auszuhändigen, waren mehrere Gläubiger auf den Altkux eingetragen, so wird der Kuxschein vom Grundbuchamte für sie verwahrt, A. B. G. §§ 236. 237.

1) Für die Klagen der Gewerkschaft oder eines Gewerken gegen die Gewerke als solche ist nach R. C. P. O. § 23 das Gericht der Gewerkschaft, vgl. R. C. P. O. § 19 Abs. 2, zuständig. Die Bestimmung ist nach dem Grund des Gesetzes auch auf ausgeschiedene Gewerken anwendbar, v. Wilmowsky C. P. O. § 23. — § 129 Abs. 2 ist aufgehoben.

2) A. B. G. § 102. Vgl. L. R. II, 16 § 301. Natürlich ist auch das Widerspruchsrecht des einzelnen Gewerken nach Maßgabe des § 115 des A. B. G. hier zulässig. Die regelmäßige und jährliche Ziehung einer Bilanz ist nicht vorgeschrieben, die Grundsätze der Aktiengesellschaften und Genossenschaften finden keine Anwendung. Daubenspeck R. G. S. 92, auch bei Gruchot Bd. 36 S. 693. Vgl. unten Bd. 2 § 215 bei Ziff. 8, § 229 bei Ziff. 2.

3) A. B. G. §§ 115. 129. Die von einem Gewerken rechtzeitig angestellte Anfechtung des Beschlusses hemmt die zwangsweise Beitreibung gegen alle Gewerken, A. B. G. § 116.

4) L. R. II, 16 § 274 ff. § 282.

5) A. B. G. § 129. Die Klage kann nicht erhoben werden, so lange dem Gewerken Widerspruch gegen den Beschluß der Gewerkschaft noch offen steht oder ehe über denselben, wenn er rechtzeitig eingelegt wurde, rechtskräftig erkannt ist. Die Fassung des § 129 ist nicht korrekt, da die Zubuße bereits eingeklagt werden kann, wenn dem Gewerken vor Ablauf von vier Wochen durch seine Zustimmung zum Beschluß das Widerspruchsrecht verloren ging. — Ist der Gewerke, welcher die Zubuße zu leisten hat, in Konkurs verfallen, so wird R. K. O. § 44 entsprechend anzuwenden sein. R. G. in der

hebung von Zubußen gehörte, der Verpflichtete, auch wenn er den Kux veräußert haben sollte, ehe der Betrag geleistet wurde.[6] Der Erwerber des Kuxes tritt in die Pflichten seines Rechtsvorfahrs der Gewerkschaft gegenüber nicht ein.

Der Gewerke kann aber seine Verurtheilung in die Zubuße, wie auch Zwangsvollstreckung in sein Vermögen behufs Beitreibung derselben, abwenden, wenn er der Gewerkschaft seinen Kux behufs des Verkaufes überläßt. Bereits erwachsene Prozeßkosten hat er zu tragen.[7] Ist der Antheil unverkäuflich, so wird er den Gewerken oder der Gewerkschaft zugeschlagen.[8] [9]

§ 270b. Rechtsstellung der Bergleute. Knappschaftskassen.

1. Wie rasch im Laufe unseres Jahrhunderts die Anschauungen über den Beruf des Staates zur Einmischung in die Beziehungen der Arbeitgeber

---

Zeitschrift für Berg R. Bd. 24 S. 359. Das Recht auf die Zubuße ist Konkursforderung, wenn deren Ausschreibung vor der Konkurseröffnung, Masseschuld wenn sie nachher geschah.

6) Aus A. B. G. § 107 geht für die Gewerkschaft neuer Form hervor, daß zur Leistung der Zubuße angehalten werden kann, wer im Augenblick des Gewerkenbeschlusses entweder im Gewerkenbuch eingetragen, oder dessen Einschreibung wenigstens gesetzlich beantragt war. Für die Gewerkschaft alter Verfassung ist — A. B. G. § 232 — das Eigenthum im Augenblick des Beschlusses maßgebend.

7) Die Aehnlichkeit mit einer römischen Noxalklage drängt sich auf. — Der Gewerke muß die Ueberlassung des Kuxes zum Verkauf gemäß § 130 des A. B. G. seinerseits angeboten haben. Pfandfrei braucht der Kux nicht zu sein. Der Gewerke wird von seiner persönlichen Verhaftung im Fall der Zwangsversteigerung seines Antheiles nicht frei, wenn er ihn nicht statt der Zubuße angeboten hat. So Entsch. des O. Trib. Bd. 66 S. 221. — Ueber Kompensation mit Gegenforderungen an die Gewerkschaft vgl. R. G. Bd. 29 S. 281.

8) Vgl. A. B. G. §§ 131. 234. Der Verkauf geschieht bei der Gewerkschaft alter Verfassung im Wege der Immobiliarzwangsversteigerung, bei der neueren Gewerkschaft durch Mobiliarversteigerung.

9) Es ist streitig, ob den Gewerkschaften im Fall solchen zwangsweisen Verkaufes eines verpfändeten Kuxes wegen der von dem Gewerken verschuldeten Beiträge ein Vorrecht vor dem Pfandgläubiger gebührt. Das Obertribunal hat Bd. 73 S. 219, Striethorst Archiv Bd. 97 S. 345 die Frage verneint, ebenso R. G. Entsch. Bd. 3 S. 274, bei Daubenspeck R. G. S. 103, vgl. ferner das. S. 116. Es ist zuzugestehen, daß der an den besonderen Fall des § 130 des A. B. G. sich anschließende § 131: „aus dem gelösten Kaufpreise werden zunächst die Verkaufskosten und sodann die schuldigen Beiträge gezahlt," die Frage nicht allgemein und nicht unzweideutig im Sinne jenes Vorrechtes löst. Aber die allgemeinen Grundsätze des Miteigenthums führen wenigstens bei Gewerkschaften alten Rechts entschieden hierauf. Denn als Antheil des einzelnen Genossen ist nur zu erachten, was nach Abzug der an die Gemeinschaft zu machenden Gegenleistungen übrigbleibt, der Nettoantheil. Hierauf beruht namentlich § 44 der R. K. O., vgl. Preuß. Konkursordnung §§ 36. 291. Geht man von diesem allgemeinen Grundsatze aus, so ist dem im § 131 des Berggesetzes ausgesprochenen Satze weitere Anwendung zu geben als von O. Trib. und R. G. geschieht. So mit Recht Plathner bei Gruchot Bd. 22 S. 288 ff. siehe ferner Meyer bei Gruchot Bd. 23 S. 36. Vgl. übrigens Brassert Ztschrft. für Bergrecht Bd. 20 S. 71. Das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 159 Abs. 3 bestimmt: Das Recht der Gewerkschaften auf vorzugsweise Berichtigung der von einem unbeweglichen Bergwerksantheile zu leistenden Beiträge bleibt unberührt. Es scheint hiermit ein solches Recht anerkannt zu werden.

und Arbeitnehmer gewechselt haben, zeigt sich nirgends schärfer, als bei den Verhältnissen der Bergleute.

a) Nach Landrecht entschied gemäß dessen Direktionsprincips die Bergbehörde über Annahme und Entlassung der Bergleute, bestimmte deren Lohn und regelte deren Stellung in das Einzelne hinein.[1]

b) Seit der Mitte des Jahrhunderts räumte die Gesetzgebung den Bergwerksbesitzern freies Schalten und Walten über ihr Bergwerk und seinen Betrieb ein. Die Vertragsfreiheit sollte auch für das Verhältniß zwischen Bergwerksbesitzern und Bergleuten möglichst uneingeschränkt maßgebend sein. Hiervon ging namentlich das Gesetz vom 21. Mai 1860 aus. Das hinderte aber nicht, daß dies Gesetz Bergleute, welche ohne gesetzliche Gründe und ohne Einhaltung der Kündigungsfristen die Arbeit verließen oder sich groben Ungehorsams oder beharrlicher Widerspenstigkeit schuldig machten, mit öffentlichen Strafen belegte, insbesondere aber die s. g. Streikes, d. h. die Vereinbarung der Arbeitseinstellung, um die Arbeitgeber zu Zugeständnissen zu bestimmen, schwer bestrafte.

Das hielt noch das A. B. G. fest.[2] Der Arbeitsvertrag mit den Bergleuten ist übrigens gemäß desselben in Ermangelung anderer Vereinbarung beidseitig unter einer Kündigungsfrist von 14 Tagen auflösbar.[3]

c) Nachdem das allgemeine Stimmrecht in der Verfassung des norddeutschen Bundes zum Siege gekommen war, zog man mittels der Gewerbeordnung die Konsequenz der Vertragsfreiheit auch zu Gunsten der Arbeiter, gewährte ihnen daher Koalitionsfreiheit und das Recht des Streikes.[4]

d) Um der wachsenden Unzufriedenheit der Bergleute nach Kräften zu steuern und dieselben möglichst gegen Ausbeutung zu schützen, wurde endlich die Novelle vom 24. Juni 1892 zum A. B. G. erlassen.

Hiernach muß eine öffentlich aufgestellte Arbeitsordnung des Bergwerksbesitzers die Bedingungen des Arbeitsvertrags mit den Bergleuten in allen wesentlichen Punkten dauernd kund thun. Der Erlaß neuer Arbeitsordnungen fordert Anhörung der volljährigen Arbeiter oder etwaiger beständiger Arbeiterausschüsse, sowie die Prüfung der Bergbehörde. — Bezüglich der Verwirkung von Geldstrafen trifft das Gesetz besondere Vorschriften im Interesse der Bergleute.

2. Zur Unterstützung erwerbsunfähiger Bergleute und ihrer hinterlassenen Angehörigen bildeten sich seit dem Mittelalter Knapp-

1) L. R. II, 16 § 307. — Nach L. R. II, 16 § 193 sollten die Bergleute täglich 8 Stunden eine Schicht arbeiten — also die heutzutage so heiß erstrebte Normalarbeitszeit.
2) Siehe A. B. G. § 80 ff.
3) A. B. G. § 81.
4) R. Gew. Ordn. § 152.

schaften, welche die Gesammtheit der Bergleute eines Bezirks umfaßten, und ihnen eine zünftige korporative Verfassung gaben.

Gefördert durch die revidirten Bergordnungen Friedrichs II., und anerkannt durch L. R. II, 16 § 134, 214 bis 220 wurden die Knappschaften weiter entwickelt durch Gesetz vom 10. April 1854. Dasselbe schrieb deren Einrichtung für alle Gruben, Hütten und Salinen vor, welche unter Aufsicht der Bergbehörde standen.

Nachdem aber die früher den Bergbehörden unterstellten Hüttenwerke der Aufsicht der Regierungen überwiesen waren, bestimmte § 166 Absatz 2 des A. B. G., daß die Besitzer und Arbeiter der Hüttenwerke, welche einem Knappschaftsverein bisher angehörten, auf ihren gemeinschaftlichen Antrag aus dem Verein ausscheiden. Solche Ausscheidung vollzieht sich indessen erst durch vermögensrechtliche Auseinandersetzung mit dem Verein.[5]

Hauptsächliche Grundsätze der Knappschaftsvereine sind folgende:

a) Die Knappschaftsvereine sind Zwangsgenossenschaften.

Alle Bergarbeiter der in ihrem Bezirke belegenen — im Betriebe befindlichen Bergwerke sind dem Verein beizutreten berechtigt und verpflichtet. Beamte der Werke sind hierzu berechtigt, nicht aber verpflichtet.

b) Zu Neugründungen von Knappschaftsvereinen bedarf es der Aufstellung eines Statuts durch die Werkbesitzer „unter Mitwirkung" eines von den Arbeitern zu wählenden Ausschusses und der Bestätigung des Statuts durch das Oberbergamt.

Abänderungen des Statuts müssen nach Maßgabe seiner Bestimmungen beschlossen und vom Oberbergamt bestätigt werden.

Die Bestätigung des Statuts durch das Oberbergamt ist nur im Fall gesetzwidriger Bestimmungen zu versagen.

c) Die Knappschaftsverbände sind öffentliche Korporationen. Sie gehören also zu den öffentlichen Verbänden im Sinne des § 54 der R. K. O.[6]

d) Die Vereinsglieder sind theils vollberechtigte — ständige — welche in der Regel eine bestimmte Zeit auf dem Werke gearbeitet haben müssen — theils minderberechtigte. Ihre Aufnahme in die Genossenschaften ist nur von den Bedingungen des § 1 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 abhängig.

e) Die Höhe der Beiträge der Mitglieder bestimmen die Statuten. Sie sind für vollberechtigte und minderberechtigte Genossen verschieden. Der Werk-

5) Daubenspeck R. G. S. 410. Nach der Erklärung des Antrags auf Ausscheidung eintretende Betheiligte sind an ihn gebunden.

6) Daubenspeck R. G. S. 439. Vgl. unten Bd. 2 § 123 bei Ziff. 3. — Oben § 51 bei Anm. 29.

besitzer ist verpflichtet, für deren Einziehung bei eigener Verantwortung zu sorgen.

Ferner hat der Werkbesitzer seinerseits mindestens die Hälfte der Gesammtbeiträge seiner Arbeiter zu leisten.

Den Knappschaftsvereinen liegt die Krankenversicherung, wie die Invaliditätsversicherung der Bergwerksarbeiter ob.[7]

Die auf Grund ihres Statuts von den Organen der Knappschaft getroffenen Feststellungen über die Invalidität eines Mitglieds sind bindend und entziehen sich der Nachprüfung des Richters.[8]

§ 271. Rechte der Grundeigenthümer.[1]

Die Verleihung des Bergwerkseigenthums schmälert an sich die Rechte der Eigenthümer des Grund und Bodens nicht, in welchem der Bergbau betrieben wird. Denn die verleihbaren Mineralien waren der Verfügung der Grundeigenthümer auch vorher entzogen.

Allerdings sind aber Kollisionen möglich. Einerseits nämlich ruft der Betrieb des Bergwerks leicht Störungen und Gefährdungen des Grundeigenthums hervor, welche durch die Zwecke des Bergbaus nicht bedingt sind. Hiergegen stehen dem Grundeigenthümer Besitzklagen und negatorische Klagen offen. Unter Umständen kann er seinen Besitz auch durch Selbsthülfe schützen oder bergpolizeilichen Schutz[2] erlangen.

Der Grundeigenthümer andererseits darf nach wie vor der Einrichtung des Bergwerks auf seinem Grundstück frei schalten, insbesondere Anlagen über und unter Tage machen, z. B. durch Graben eines Brunnens, eines Kanals. Es kann zwar der Bergwerksbesitzer solchen Falls Einspruch thun, Klage erheben und bergpolizeilichen Schutz beanspruchen, wenn der Betrieb des Bergwerks dadurch behindert oder bedroht wird. Eine hiernach behördlich angeordnete Einschränkung des Grundeigenthums bildet aber eine theilweise Enteignung desselben, welche den Bergwerksbesitzer zur Entschädigung verpflichtet. —

Im Einzelnen ist hervorzuheben:

1. Das ältere Bergrecht verlieh dem Grundeigenthümer als Aequivalent für die Pflicht, den Bergbau zu dulden, einen Antheil an dessen Erträgnissen, den s. g. Grundkux oder Erbkux. Derselbe bestand nach Land-

7) Ueber den Einfluß von Statutenänderungen auf die Rechte der Mitglieder der Knappschaft vergl. Daubenspeck R. G. S. 440.

8) Daubenspeck R. G. S. 427.

1) Vgl. Klostermann bei Gruchot Bd. 21 S. 245 ff., Bd. 22 S. 300.

2) A. B. G. § 196.

recht in Ermangelung partikularer Ordnungen aus 2 Freikuxen, welche zusammen einen Antheil von $^2/_{134}$ der Ausbeute gewährten. Dieser Bruch ergab sich dadurch, daß zu den 128 herkömmlichen gewerkschaftlichen Kuxen 6 Freikuxe hinzutraten, 2 für Kirche und Schule, 2 für den Grundeigenthümer, d. h. den Eigenthümer des Orts der Fundgrube, 2 für die Knappschaftsvereine.[3] Abtretung der Freikuxe ist nicht verstattet. Die Freikuxberechtigten haben weder Zubußen zu leisten, noch Stimmrecht in der Versammlung der Gewerken, so daß sich ihr Recht zu einem — dinglichen — Anspruch auf einen Theil des Reingewinnes des Bergwerkes — einer Reallastberechtigung — gestaltet.[4] Sie sind befugt, Rechnungslegung zu fordern.[5]

Seit Inkrafttreten des A. B. G. entstehen Freikuxe nicht mehr. Früher erworbene Freikuxberechtigungen aber bestehen fort, ohne Rücksicht darauf, ob sie früher bereits zur Ausübung gekommen waren. Dieselben können jedoch durch Vereinbarung der Betheiligten abgelöst werden.[6] [7]

2. Das neuere Bergrecht gewährt den Grundeigenthümern vollständige Entschädigung für allen Schaden, welcher dem Grundeigenthum und dessen Zubehör durch den Betrieb des Bergwerkes zugefügt wird,[8] ohne Unterschied, ob der Schaden unterirdisch oder mittels Tagebau,

3) L. R. II, 16 § 134 ff. Die Freikuxe sind gemeine Lasten, so daß sie zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung nicht bedürfen. — Nach anderen Bergordnungen betragen die gewerkschaftlichen Kuxe 122, so daß die Freikuxe je $^1/_{128}$ ausmachen. — Durch die Aufhebung der Freikuxe der Knappschaften nach dem Gesetz vom 10. April 1854 § 9 ist den Freikuxen nichts zugewachsen. A. B. G. § 224.

4) L. R. II, 16 § 277. Als Realberechtigung bezeichnet das Recht der Freikuxberechtigten ausdrücklich A. B. G. § 224, vgl. auch R. G. Bd. 8 S. 220, Daubenspeck R. G. S. 475, S. 482, S. 486.

5) Striethorst Archiv Bd. 93 S. 167, vgl. freilich unten Bd. 2 § 44 bei Anm. 6.

6) A. B. G. § 224. Entsch. des Obertrib. Bd. 74 S. 108.

7) Partikularrechtlich kommt statt der Freikuxe die s. g. Trabde vor — vgl. Klostermann Lehrbuch S. 332 —, ein Recht an dem Rohertrag eines Kohlenbergwerkes für den Grundeigenthümer, auf dessen Boden ein Schacht abgeteuft ist. Die Trabde bezweckt Vergütung für den dem Grundeigenthümer an der Oberfläche seines Bodens erwachsenen Schaden. Bezüglich dieses Schadens hat er die Wahl zwischen Trabde und der Entschädigung nach § 148 A. B. G. Wegen andern Schadens kann er Entschädigung nach § 148 A. B. G. also noch neben der Trabde fordern. Ztschrift f. Bergrecht Bd. 30 S. 73, 55. Das Trabderecht besteht nur für die vor dem Inkrafttreten des Berggesetzes abgeteuften Schachte fort, siehe auch angef. Ztschrft Bd. 33 S. 132, 244. Ein weiterer provinzialrechtlicher Anspruch der Grundeigenthümer war das Recht auf Mitbau zur Hälfte, vgl. L. R. II, 16 § 124 ff. Dieses Recht mußte nach einer Aufforderung des Muthenden, sich über die Ausübung zu entscheiden, innerhalb drei Monaten geltend gemacht werden. Das Berggesetz hat dies Mitbaurecht für die Zukunft aufgehoben, und frühere Ansprüche auf dasselbe von einer bis zum 1. Oktober 1866 anzustellenden gerichtlichen Klage abhängig gemacht. A. B. G. §§ 224. 225.

8) Ueber ältere Ordnungen siehe Klostermann bei Gruchot Bd. 21 S. 250. Den Entschädigungsanspruch hat die preußische Jurisprudenz, gestützt auf L. R. II, 16 § 112, allseitig ausgebildet, vgl. u. A. Plenarbeschluß des Obertribunals vom 18. April 1843, Entsch. Bd. 9 S. 101. Das A. B. G. § 148 hat die Rechtssätze, welche sich in dieser Weise festgestellt hatten, zum Gesetz erhoben, vgl. Daubenspeck die Haftung des Berg-

ob er innerhalb oder außerhalb des beschädigten Grundstückes stattgefunden hat, ob er von dem Bergwerksbesitzer verschuldet, ob er voraussehbar war oder nicht.[9] [10] Diese ausgedehnte Verpflichtung ist die Auflage, unter welcher die Verleihung des Bergwerkseigenthums erfolgt.[11]

Nicht nur der Grundeigenthümer, sondern auch Nutzungsberechtigte, z. B. Superficiare, Nießbraucher, Pächter, können Schadloshaltung verlangen.[12]

Zu vergüten ist mittelbarer, wie unmittelbarer,[13] nicht bloß gegenwärtiger, sondern auch nach gewöhnlichem Lauf der Dinge voraussichtlich künftig[14] eintretender Schaden,[15] insbesondere auch entgangener Gewinn.

---

werkbesitzers 1882, siehe ferner desselben Beiträge z. L. v. Bergschaden 1885 und: Die Schiedsgerichte für Regulirung der Bergschäden 1883, oben § 142. Die oben, § 267 unter Ziff. 6, besprochene Entschädigung im Fall der Enteignung ist anderer Art.

9) Ob ein Schaden dem Bergbau zur Last fällt, ist „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" zu bemessen. Die bloße Möglichkeit einer anderen Ursache des Schadens, kommt dagegen nicht in Betracht, Daubenspeck R. G. S. 228, S. 230.

10) Der Anspruch beschränkt sich auf den Schaden durch das Bergwerk im engeren Sinn, d. h. durch die unmittelbar der Förderung der Mineralien bestimmten Anlagen. Unter § 148 fallen z. B. Kohlenabfuhrwege nicht, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1055, ebensowenig Schäden durch eine in Folge des Betriebs nöthig gewordene Entwässerungsanlage, R. G. Bd. 26 S. 224, Daubenspeck Haftung S. 221 ff. Ueber Aufschichten einer Halde vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 1108. Der Anspruch verjährt in Gemäßheit von L. R. I, 6 § 54 und der Deklaration vom 31. März 1838 — oben § 171 — in drei Jahren. A. B. G. § 151, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 19. Nur neue beschädigende Ereignisse begründen eine neue Obligation z. B. ein neuer Erdrutsch; später hervortretende Folgen eines Ereignisses, aus welchem die Schadensklage entsprang, die verjährt ist, führen nicht zu deren Wiederbelebung, Daubenspeck Haftung S. 90.

11) Beschädigungen von Bergwerken untereinander gehören nicht hierher, Daubenspeck R. G. S. 209.

12) Ausländische Bergwerke, welche preußischen Grundbesitz schädigen, gelten nicht als entschädigungspflichtig, sofern das ausländische Recht nicht eine dem preußischen A. B. G. entsprechende Entschädigungspflicht kennt, Daubenspeck R. G. S. 209.

13) Den Pfandgläubigern gesteht die Mehrheit der Schriftsteller den Anspruch nicht zu. Daubenspeck Haftung S. 22. Geht man hiervon aus, so müssen sie sich durch Klage gegen den Grundeigenthümer nach E. G. vom 5. Mai 1872 § 50 zu helfen suchen.

14) Die Beschädigung muß „dem Grundeigenthum oder dessen Zubehörungen" zugefügt sein. Die Beschädigung eines dem Grundstück zugehörigen Viehstandes durch Einsturz eines Stalles macht daher haftbar, dagegen nicht Verletzung des Grundeigenthümers selbst, da die vielfach verbreitete Anschauung des Volkes, wonach der Bauer das erste Beistück des Hofes ist, nicht die der Jurisprudenz sein kann. Vgl. ferner R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 142, Daubenspeck R. G. S. 242. — Muß ein Gebäude geräumt werden, in welchem bisher ein Geschäft betrieben wurde, so ist richtiger Ansicht nach für den hieraus entstehenden Schaden, insbesondere wegen der Kosten der Räumung, der Nachtheile der Verlegung nach einem ungünstiger gelegenen Lokal Schadensersatz zu leisten. Entziehung der Wassernutzung, Verderbniß der Wasserläufe macht entschädigungspflichtig. Entgangener Gewinn ist zu ersetzen, z. B. die entzogene Möglichkeit der Verwerthung des Grundstückes als Bauplatz. R. G. im J. M. Bl. 1893 S. 63. Vgl. übrigens Daubenspeck Haftung S. 15, auch Gruchot Bd. 2 S. 442.

15) Daubenspeck R. G. S. 251.

Wenn zur Zeit der Errichtung einer neuen Anlage dem Grundbesitzer bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit die derselben durch den Bergbau drohende Gefahr nicht unbekannt bleiben konnte, so kann der Grundeigenthümer keinen Ersatz verlangen;[16] wohl aber ist ihm die Werthverminderung zu vergüten, welche sein Grundstück dadurch erleidet, daß er eine an sich wirthschaftlich gerechtfertigte Anlage in Folge dieser Gefährdung nicht in Angriff nehmen kann.[17] Die Entschädigungspflicht liegt demjenigen persönlich ob, welcher, zur Zeit des Eintritts des Schadens,[18] Bergwerksbesitzer war.[19] Ist die Beschädigung Folge des Betriebes von Werken mehrerer Besitzer, so tragen sie den Schaden gemeinschaftlich und zwar zu gleichen Theilen.[20] [21] Subjektiv dinglich ist der Anspruch nicht, daher geht er bei Veräußerung des beschädigten Grundstücks auf den Erwerber nur im Fall besonderer Abtretung über.[22] Zur Herstellung des früheren Zustandes ist der Bergwerksbesitzer verpflichtet,[23] wenn sie ohne unverhältnißmäßige Kosten und ohne

---

16) Der Beschädigte muß sich Vortheile anrechnen lassen, welche ihm durch das schädigende Ereigniß unmittelbar erwuchsen, da insoweit kein Schade vorhanden ist. Daubenspeck R. G. S. 209.

17) A. B. G. § 150. Der Entschädigungsanspruch des Grundbesitzers fällt also schon bei „mäßigem Versehen" desselben weg. Denn nach L. R. I, 3 § 20 ist das „bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit" vermeidbare „mäßiges Versehen". R. G. Bd. 11 S. 337, Daubenspeck R. G. S. 345 will jedoch unter Bezugnahme auf die Vorgeschichte des § 150 nur „grobes" Versehen des Grundeigenthümers als Entlastungsgrund gelten lassen, vgl. aber Daubenspeck Beitr. z. L. v. Bergschaden S. 84. — Warnungen des Bergwerksbesitzers hat der Grundeigenthümer zu beachten, es sei denn, daß er triftige Gründe hatte, auf sie kein Gewicht zu legen, Daubenspeck R. G. S. 194, S. 368. — Gegenüber öffentlichen Verkehrsanstalten soll sich der Bergwerksbesitzer auf § 150 A. G. B. nicht berufen dürfen nach R. G. Bd. 28 S. 341, Daubenspeck R. G. S. 365. Doch ist dies recht bedenklich.

18) So ist A. B. G. § 150 zu handhaben, vgl. jedoch Daubenspeck Haftung S. 51 ff.

19) A. B. G. § 148, Daubenspeck R. G. S. 219, also nicht dem Vorbesitzer, dessen Betrieb den Schaden verursacht hat, ebensowenig dem Nachbesitzer des Bergwerks. — Ueber die Frage, wann der Schaden eingetreten ist vgl. R. G. im J. M. Bl. 1893 S. 63.

20) Ist im Fall der Verpachtung des Bergwerkes der Pächter oder der Verpächter haftbar? Das Letztere ist die gemeine Meinung vgl. Daubenspeck Haftung S. 6 und dort Citirte. Entsch. des O. Trib. Bd. 66 S. 226, Striethorst Archiv Bd. 82 S. 326. Folgerecht wäre sie nur, wenn die Schadensersatzpflicht als objektiv dingliche Belastung des Bergwerkes behandelt worden wäre.

21) A. B. G. § 149, Daubenspeck R. G. S. 335 ff. Dies hatte bereits der Plenarbeschluß des Obertribunals, Entsch. Bd. 18 S. 71 erkannt, vermittelnd zwischen den Ansichten, welche einerseits solidarische Verhaftung sämmtlicher Werkbesitzer annahmen, andererseits gegen Jeden Nachweis des Antheiles forderten. Der Beschädigte kann nach A. B. G. § 149 von Jedem der Mitverpflichteten, die er übrigens gemeinschaftlich verklagen muß, Kopftheile in Anspruch nehmen, ohne daß diese sich ihm gegenüber auf ein anderes Theilnehmerverhältniß berufen können R. G. Bd. 8 S. 285; er ist aber befugt, ein anderes Theilnahmeverhältniß darzuthun und geltend zu machen. Daubenspeck Haftung S. 41. Den Bergwerksbesitzern steht der Nachweis eines anderen Theilnahmeverhältnisses zur Begründung des Anspruches auf Erstattung des Zuvielgezahlten gegenüber den Mitverpflichteten frei.

22) Vgl. noch R. G. Bd. 8 S. 283.

Beeinträchtigung des Bergbaues geschehen kann;[24] [25] er ist zur Herstellung berechtigt, sofern sie voraussichtlich sofort und vollständig möglich ist. Sonst hat die Entschädigung in Geld zu geschehen, in der Regel durch eine Kapitalsumme, und nur wenn dies den besonderen Umständen entspricht, durch Rente.[26]

Schuldhafte Schadenszufügung verpflichtet den Bergwerksbesitzer gleichfalls zum Ersatz nach den allgemeinen Grundsätzen über Verschuldung.[26a]

3. Gegen öffentliche Verkehrsanlagen, welchen das Enteignungsrecht beigelegt ist, hat der Bergwerksbesitzer kein Widerspruchsrecht.

War aber der Bergwerksbesitzer zu dem Bergwerksbetrieb früher berechtigt, als die Genehmigung zur Verkehrsanlage ertheilt wurde, so hat er gegen den Unternehmer Anspruch auf Schadensersatz.

Dieser Schadensersatz ist beschränkt auf die Kosten der Herstellung sonst nicht erforderlicher Anlagen Seitens des Bergwerksbesitzers — insbesondere zur Vermeidung von Tagesbrüchen — und auch die Kosten der sonst nicht erforderlichen Beseitigung oder Veränderung bereits in dem Bergwerke vorhandener Anlagen.[27]

4. Der Bergwerkseigenthümer ist zwar befugt, auch die durch den Betrieb des Bergwerkes gewonnenen, nichtverleihbaren Mineralien zu Zwecken seines Betriebes ohne Entschädigung des Grundeigenthümers zu verwenden. Soweit diese Verwendung aber nicht erfolgt, muß er dieselben dem Grundeigenthümer auf dessen Verlangen gegen Erstattung der Kosten herausgeben.[28] [29]

---

23) Natürlich kann der Anspruch aber — insbesondere der auf eine Rente wegen des sich fortsetzenden Schadens durch Vereinbarung „subjektiv dingliche Natur" erlangen. Daubenspeck R. G. S. 206.

24) Der Grundeigenthümer kann nach R. C. P. O. § 814 bei drohenden Beschädigungen einstweilige richterliche Verfügungen, insbesondere auch Sicherstellung erwirken.

25) L. R. I, 6 §§ 7. 79 ff. Zeitschrift f. B. R. Bd. 21 S. 370. Daubenspeck R. G. S. 291.

26) L. R. I, 6 § 91 A. B. G. § 137 Abs. 2 ist unanwendbar. Auch wenn der Bergwerksbesitzer den vollen Werth des beschädigten Grundstückes zu ersetzen hat, soll er nach Entsch. des Obertrib. Bd. 79 S. 35 dessen Abtretung nicht fordern können.

26a) R. G. bei Gruchot Bd. 22 S. 311.

27) Die Entschädigung ist vom Tage der Klageerhebung an zu verzinsen, R. G. Bd. 11 S. 266, Daubenspeck R. G. S. 300, S. 324.

28) A. B. G. § 154. R. G. Bd. 5 S. 266. Daubenspeck R. G. S. 502. Anlagen, die im Interesse des Fortbetriebes des Bergwerkes gemacht werden, geben kein Entschädigungsrecht. Das A. B. G. behält den vor dem 1. Oktober 1865 beliehenen Bergwerken etwaige größere Ansprüche vor, welche sie nach älteren Gesetzen hätten erheben können. Solche Ansprüche bestehen jedoch nicht. Vgl. aber über das frühere Recht: Veith die Entschädigungsverbindlichkeit der Eisenbahngesellschaften den Bergwerksbesitzern gegenüber 1864.

29) A. B. G. § 57. Der Anspruch ist im Rechtswege zu verfolgen. Er ist ein persönlicher. Vgl. oben Anm. 23.

IV. Veränderung und Aufhebung des Bergwerkseigenthumes.

§ 272. Konsolidation und Theilung der Bergwerksfelder.

1. Die Produktionsverhältnisse der Gegenwart fordern häufig die Gemeinsamkeit des Betriebes mehrerer Bergwerke, namentlich solcher, welche nach der früheren Regel geringeren Umfanges sind. Um dies zu erleichtern und rechtlich zu sichern, begünstigt die neuere Berggesetzgebung die Konsolidation, d. h. die Umschaffung mehrerer bisher selbständiger Bergwerke zu einem neuen einheitlichen Ganzen.[1] Erforderlich ist:

a) ein gerichtlicher oder notarieller Konsolidationsakt. Derselbe beruht entweder auf einem Vertrage der Eigenthümer der zu vereinigenden Bergwerke[2] oder, wenn die Werke bereits demselben Eigenthümer gehören, auf dessen Willenserklärung. In dem Konsolidationsakte muß, wenn eine Gewerkschaft alter Verfassung betheiligt ist, bestimmt sein, in welchem Verhältniß die Kuxe der zu vereinigenden Bergwerke an dem konsolidirten Werke betheiligt sein sollen. Ferner hat er darüber Bestimmung zu treffen, in welchem Rangverhältniß Schulden und andere auf den zu vereinigenden Bergwerken im Ganzen ruhende Lasten auf das konsolidirte Werk übergehen sollen.

b) An sich bedürfte es stets der Zustimmung sämmtlicher Realgläubiger zu dem Konsolidationsakte, da durch denselben an Stelle des ihnen bisher verhafteten ein neuer Gegenstand treten soll. Dies gilt aber nur für den Fall, daß das durch die Konsolidation entstehende Werk nur als Ganzes dinglich beschwert werden kann, wenn es also eine Gewerkschaft neueren Rechtes bildet. In allen übrigen Fällen muß in den Konsolidationsakt eine Bestimmung des Antheilsverhältnisses, nach welchem jedes einzelne Bergwerk in das konsolidirte Werk eintreten soll, enthalten sein. Hier haben die Realberechtigten nur das Recht des Einspruches, wenn sie durch die Bestimmung des Antheilsverhältnisses ihrer Kuxe verletzt zu sein glauben. Sie müssen dies Recht durch Klage innerhalb 3 Monaten nach dem Tage der Bekanntmachung des Konsolidationsaktes Seitens der Bergbehörde geltend machen, widrigenfalls es erlischt. Außerdem können solche Realberechtigte, sofern dies die Natur ihres Rechtes verstattet, innerhalb gleicher Ausschlußfrist Befriedigung vor der Verfallzeit fordern.[3]

c) Die Konsolidation vollendet sich mittels der nach Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse erfolgenden Bestätigung des Konsolidations-

1) A. B. G. § 41 ff. Klostermann Lehrbuch S. 172 ff. Achenbach Bd. 1 S. 271. Konsolidirbar sind auch auf verschiedenartige Mineralien verliehene Bergwerke.

2) Der Wille der Gewerken wird, wie bei anderen Verfügungen über die Substanz, durch eine Mehrheit von drei Vierteln der Kuxe ausgedrückt, A. B. G. § 114, oben

aktes durch das Oberbergamt.[4] Bei Bergwerken, die aneinandergrenzen, darf die Bestätigung nur aus Gründen des öffentlichen Wohles, bei nichtangrenzenden auch wegen Unzweckmäßigkeit der Vereinigung versagt werden.[5]

Das konsolidirte Bergwerk ist ein neues einheitliches Ganze.[6] So erscheint es im Grundbuche, in welches die Eintragung der Konsolidation vom Amtswegen erfolgt. Dennoch entnimmt es seinen Rechtsbestand den früheren Verleihungen. War daher die Verleihung eines der vereinigten Felder anfechtbar, so überträgt sich diese Anfechtbarkeit auf das konsolidirte Werk.

2. Veränderung des Bergwerksfeldes ist ferner möglich durch Abtrennung von Theilen des Feldes, welche insbesondere auch zum Zwecke eines Umtausches geschehen kann.[7] Auch diese Veränderung ist abhängig von der Genehmigung des Oberbergamtes, welche aber nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zu versagen ist.[8]

Selbständige Felder, welche durch die Theilung entstehen, haften den bisherigen Realberechtigten solidarisch. Im Falle des Austausches von Theilen der Felder wird hingegen das Umgetauschte von seinen bisherigen Lasten frei und übernimmt diejenigen des Bergwerkes, dem es zugeschlagen wird. In beiden Fällen gewährt das Gesetz den Pfandgläubigern ein Kündigungsrecht vor der Verfallzeit, soweit dies die Natur des versicherten Anspruches gestattet, innerhalb einer Ausschlußfrist von 3 Monaten nach dem Tage der Bekanntmachung durch die Bergbehörde.[9]

§ 273. Aufhebung des Bergwerkseigenthumes.[1]

1. Das einmal geschaffene Bergwerk erhält sich als besondere Vermögensgröße, auch wenn es in Folge der allgemeinen Grundsätze des Immobiliar-

---

§ 268 Anm. 17. Die einzelnen Gewerken haben das gewöhnliche Einspruchsrecht, wenn der Beschluß nachtheilig sein sollte.

3) A. B. G. § 45 ff., siehe auch Achenbach Bd. 1 S. 278 Anm. 2.

4) Im Gesuche an die Bergbehörde ist Angabe des dem konsolidirten Bergwerk beigelegten Namens und Einreichung eines Situationsrisses nöthig. Die Konsolidation tritt mit dem Augenblicke der Bestätigung ein, ohne Rücksicht, ob dieselbe bereits publicirt ist, Zeitschrift f. B. R. Bd. 20 S. 112.

5) So legt Achenbach Bd. 1 S. 273 den § 49 des A. B. G. aus.

6) R. G. Bd. 2 S. 299.

7) A. B. G. § 51. Klostermann Lehrbuch S. 182. Achenbach Bd. 1 S. 283 ff. 299 ff. Etwas Anderes ist die Theilung eines auf verschiedenartige Mineralien verliehenen Bergwerkes in mehrere selbständige Werke für jedes Mineral.

8) Nach dem Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 § 68 vollzieht sich der Eigenthumsübergang durch Bestätigung der Bergbehörde; der Auflassung bedarf es nicht, der Erwerber ist aber von Amtswegen zur Eintragung anzuhalten. Vgl. übrigens R. O. H. G. Bd. 18 S. 261.

9) A. B. G. § 51 vorletzter Abs. Die Abtretung von Bergwerksfeldern ohne Umtausch, z. B. gegen einen Kaufpreis, kann nur mit Zustimmung aller Realgläubiger geschehen.

1) A. B. G. § 156 ff.

sachenrechtes ohne Eigenthümer ist, wie dies z. B. geschehen kann durch formlose Dereliktion Seitens des bisherigen Eigenthümers oder durch dessen Tod, ohne daß sich ein Erbe findet. In solchem Falle bleiben daher die Realrechte am Bergwerke bestehen, und es kann dasselbe auch durch eine Seitens des Realgläubigers betriebene Subhastation einen neuen Eigenthümer erlangen.

2. Sehr verschieden hiervon ist es, wenn das verliehene Bergwerk als solches untergeht — in das Freie fällt. Solcher Untergang trat nach früherem Bergrechte in zahlreichen Fällen ein. Dahin gehörte, daß der Bergwerkseigenthümer das Bergwerk nicht in gehörigem Betrieb erhielt, ohne sich „Fristung" Seitens der Bergbehörde verschafft zu haben.[2] War dies um deswillen an sich nicht unbillig, weil dem Bergwerkseigenthümer das Bergwerk zum Zweck des Betriebes verliehen war, so schmälerte doch die hierin begründete Unsicherheit über das Fortbestehen des Bergwerkseigenthum den Realkredit der Bergwerksunternehmungen.

Das A. B. G. hat daher die Verlustigung auf einen Fall beschränkt. Das Oberbergamt kann den Eigenthümer aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohles zur Inbetriebsetzung des Bergwerkes innerhalb 6 Monaten unter Androhung der Entziehung des Bergwerkes auffordern.[3] Ungehorsam gegen die Aufforderung hat Einleitung des Entziehungsverfahrens durch Beschluß des Oberbergamtes zur Folge, so daß aber dem Bergwerkseigenthümer binnen 4 Wochen nach Einhändigung des Beschlusses oder Rekursbescheides eine gerichtliche Klage gegen das Oberbergamt auf Aufhebung des Beschlusses zugestanden wird. Die Einleitung des Entziehungsverfahrens ist den Realberechtigten bekannt zu machen. Dieselben, wie auch der Eigenthümer des Bergwerkes, können daraufhin binnen 3 Monaten Zwangsversteigerung des Werkes[4] beantragen.

Unterbleibt dieser Antrag, oder führt die Zwangsversteigerung nicht zum Ziele, so spricht das Oberbergamt durch einen endlichen Beschluß die Aufhebung des Bergwerkseigenthums aus.

Damit erlöschen alle Ansprüche an das Bergwerk, welcher Art sie sein mögen.[5] Das Bergwerk geht als besonderes Rechtsobjekt unter; die demselben zugehörigen Mineralien sind fortan als unverliehene anzusehen, daher auch Gegenstand neuer Muthung und Verleihung, sofern sie nach dem Berggesetz noch verleihbar sind. Zubehörstücke des Bergwerks bleiben als nunmehr selbständige Sachen, im Eigenthum des früheren Bergwerkseigenthümers, während sie

2) L. R. II, 16 § 188 ff.
3) A. B. G. § 65. Vgl. oben § 217 bei Ziff. 4.
4) Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetz v. 13. Juli 1883 § 157 ff.
5) A. B. G. § 160. Vgl. auch unten § 336 a. E.

im Falle eines Zuschlags in der Zwangsversteigerung mit dem Bergwerk auf den Ersteher übergegangen wären.[6]

3. Aehnliche Rechtsfolgen treten ein, wenn der Bergwerkseigenthümer vor der Bergbehörde auf das Bergwerk oder auf Theile des Bergwerksfeldes verzichtet.[7] Auch hier können die Realberechtigten Zwangsversteigerung fordern; letztlich wird das Bergwerkseigenthum durch Beschluß aufgehoben.

4. Ohne weiteres erlischt das Bergwerkseigenthum, wenn das verliehene Mineral vollständig abgebaut ist.

6) Klostermann a. a. O. S. 198. Eine Ausnahme im Interesse der öffentlichen Sicherheit bestimmt A. B. G. § 163 hinsichtlich der Wegnahme der Zimmerung und Mauerung des Grubengebäudes.

7) A. B. G. §§ 161, 162.

Vierter Abschnitt.

Die dinglichen Nutzungsrechte.

Erster Titel.

Einleitung. Gemeinsames der dinglichen Rechte an Sachen.

§ 274. Wesen dieser Rechte.

1. Im Gegensatze zum Eigenthumsrecht, welches auf die vollständige Herrschaft über die Sache abzielt, verleihen dingliche Rechte an Sachen nur die Herrschaft über dieselben in besonderer Richtung und zu bestimmten Zwecken.[1] Ihr Umfang reicht daher so weit, als es der durch die Natur der Berechtigung und durch den Vertragswillen gesetzte Zweck erfordert. In Zweifelsfällen hat die Auslegung zu Gunsten der Freiheit des Eigenthums zu geschehen.[2]

2. Diese begrenzten dinglichen Rechte pflegt man als Rechte an fremder Sache zu bezeichnen.[3] Zwar sind Rechte dieser Art auch an herrenlosen Sachen möglich, da sie ihr Maß in sich und in ihren Zwecken finden; insbesondere geht also ein Servitutenrecht oder ein Pfandrecht nicht dadurch unter, daß die belastete Sache in Folge Dereliktion ohne Eigenthümer ist.[4]

---

1) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 192.

2) Vgl. L. R. I, 19 § 12 ff. L. R. I, 21 §§ 8. 9. Bei Ausmittelung des Inhaltes der Belastungen sind nicht bloß ausdrückliche Bestimmungen, sondern ebensosehr die Umstände des gegebenen Falles, namentlich auch Ortsgebrauch, bisherige Uebung von Wichtigkeit. Vgl. l. 17 § 1 D. de aqua 39, 3.

3) Die Rechte, welche die Römer jura in re, die Neueren Rechte an Sachen nennen, bezeichnet das L. R., z. B. in der Ueberschrift des Titel 19 Theil I, als Rechte „auf fremdes Eigenthum," vgl. L. R. I, 3 § 127 ff.

4) Vgl. auch R. G. Bd. 21 S. 225 ff. Nicht wenige romanistische Schriftsteller — Böcking Pand. Bd. 1 § 129, Brinz Pand. Bd. 1 § 186 — betrachteten als wesentlich für die Servituten, daß sie Beschränkungen des Eigenthums bilden, woraus zu folgern wäre, daß solche Rechte an herrenlosen Sachen unmöglich seien. Gerade das römische Recht giebt jedoch mehrfach Beispiele von Servituten, die an herrenlosen Sachen fortbestehen. So galt in klassischer Zeit der Sklave, der im Nießbrauche stand und von seinem Eigenthümer, welchem in Folge des fremden Nießbrauchs die Befugniß zur Freilassung fehlte, manumittirt war, als servus sine domino; der Nießbrauch aber bestand fort. Ulp. fragm. I, § 19. Dosith. de manum. § 11. l. 1 C. comm. de manum. 7, 15. Justinian änderte dies dahin, daß der unter solchen Verhältnissen Freigelassene dem Eigenthümer

Aber allerdings stehen der weit überwiegenden Regel nach die dem dinglichen Rechte unterworfenen Sachen in fremdem Eigenthum. Das dingliche Recht, welches im Falle des Widerstreits dem Eigenthumsrechte vorgeht, hat dann die Wirkung einer Einschränkung des Eigenthumes.[5]

Auch an einer dem Verkehr entzogenen Sache können dingliche Rechte begründet werden, sofern dieselben dem öffentlichen Zwecke, welchem die Sache dient, nicht widerstreiten. Und zwar kann dies nicht bloß durch Verleihung, sondern auch durch Verjährung geschehen. Insbesondere sind Grundgerechtigkeiten, sowie superficiarische Rechte an öffentlichen Plätzen und Straßen unter jener Voraussetzung zulässig.[6]

3. Das Eigenthumsrecht, als das seiner Bestimmung nach unbegrenzte Recht muß das begrenzte Recht aufzehren, wenn beide sich in einer Hand vereinigen. Daher der römische Grundsatz nulli res sua servit.[7] Im preußischen Rechte erleidet dieser Satz indessen, wenn er auch als Regel gilt, Ausnahmen. In Folge ihrer Eintragung im Grundbuch insbesondere erhalten sich dingliche Rechte bis zur Löschung für den Fall, daß sie künftig an einen Nichteigenthümer der belasteten Sache gelangen,[8] es gehen namentlich Hypotheken und Grundschulden nicht unter, wenn sie der Eigenthümer der belasteten Sache erworben hat, solange er sie nicht löschen läßt. Ja es ist Begründung einer Grundschuld an eigener Sache zulässig.[9]

4. Im Gegensatze zum römischen Rechte,[10] ist nach deutschem und preußischem Rechte möglich, daß dingliche Rechte den jeweiligen Besitzer der belasteten Sache zu einem Thun verpflichteten.[11] Daher finden sich nicht bloß solche dingliche Rechte, z. B. Reallasten, welche wesentlich in

---

gegenüber als frei, dem Nießbraucher gegenüber als Sklave galt. Einen anderen Fall des Nießbrauches an einem Sklaven sine domino bespricht l. 23 pr. D. de lib. causa 40, 12.

5) L. R. I, 19 § 9 und oben Anm. 3.

6) Vgl. unten § 289 Anm. 8. Privilegien dieser Art kennt auch das römische Recht vgl. l. 18 § 1 D. de aqua 39, 3, vgl. l. 14 in f. D. de serv. 8, 1.

7) l. 26 D. de serv. pr. u. 8, 2. l. 33 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. l. 10 D. comm. praed. 8, 4. Im Fall der Vereinigung des Eigenthumsrechtes mit dem Nießbrauch spricht man von Konsolidation, in allen Fällen der Vereinigung des Eigenthums und dinglicher Rechte von Konfusion, vgl. das Marginal zu L. R. I, 16 § 482, ferner L. R. I, 21 § 184, § 3 J. de usufr. 2, 4, l. 1 pr. D. quemadmodum, 8, 6.

8) L. R. I, 22 §§ 53, 54, für Grundgerechtigkeiten ausgesprochen, werden auf alle subjektiv und objektiv dinglichen Rechte angewendet. L. R. I, 16 § 482 ff. bezieht sich auf den besonderen Fall einer subjektiv dinglichen, objektiv persönlichen Verpflichtung, z. B. eines Zwangs- und Bannrechtes. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 424.

9) E. E. Gesetz §§ 27. 28. 63 ff.

10) l. 15 § 1 D. de serv. 8, 1: servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti ut viridaria tollat aut amoeniorem prospectum praestet, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

11) Vgl. oben § 183.

einem Thun bestehen; es beeinflußt die reallastbildende Tendenz des deutschen Rechtes auch diejenigen Rechte, welche römischen Arten entsprechen, insbesondere die Grundgerechtigkeiten.[12] Wird jedoch zweifelhaft, ob der Eigenthümer der dienenden Sache nur zu einem Dulden, oder auch zu einem Thun verpflichtet sei, so ist das Erstere als das Mindere anzunehmen, da die weitergehende Belastung nicht zu vermuthen ist.[13]

§ 275. Die Eintragung der dinglichen Rechte an Grundstücken.[1]

1. Die Eintragung im Grundbuche ist von verschiedener Bedeutung für die Pfandrechte an Grundstücken und für die übrigen dinglichen Rechte an solchen. Die Entstehung von Hypotheken und Grundschulden ist nämlich durch die Eintragung bedingt;[2] andere dingliche Belastungen, insbesondere Personalservituten, Reallasten können ohne Eintragung entstehen, erlangen aber Wirksamkeit gegen Dritte erst durch Eintragung.[3]

Allerdings wollte die Regierungsvorlage des Eigenthumserwerbsgesetzes die Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken, soweit sie auf privatrechtlichem Titel beruhen, schlechthin an die Eintragung knüpfen. Es erhoben sich aber bei Berathung der Vorlage im Landtage Bedenken mit Rücksicht auf den gesetzlichen Nießbrauch des Vaters und des Ehemannes. Sollten diese Rechte fortan nicht mehr unmittelbar durch väterliche Gewalt und durch Ehe entstehen? Es schien nur nothwendig, die dingliche Wirkung gegen Dritte an die Eintragung zu knüpfen! Deshalb änderte man die Vorlage. Aber man beschränkte sich nicht auf die Fälle des gesetzlichen Nießbrauches, sondern bestimmte, mit alleiniger Ausnahme des Pfandrechtes allgemein, daß die Eintragung nicht die Entstehung von dinglichen Belastungen, sondern bloß

12) Vgl. unten § 293 unter Ziff. 2.
13) So L. R. I, 19 § 16.
1) Förster Preußisches Grundbuchrecht 1872 S. 106 ff., die Kommentare zu den Gesetzen vom 5. Mai 1872, insbesondere zu § 12 ff.
2) E. E. Ges. vom 5. Mai 1872 § 18.
3) E. E. Ges. § 12 Abs. 1.
4) E. E. Ges. § 12. Das Bedenken gegen die Regierungsvorlage wurde zuerst in der Herrenhauskommission erhoben und daraufhin die jetzige Fassung in der zweiten Lesung des Entwurfes durch jene Kommission angenommen. Die bestimmenden Gründe der Umgestaltung treten in dem Berichte der Herrenhauskommission S. 38 nicht scharf hervor, sie sind entwickelt bei Förster Grundbuchrecht S. 108 ff. Unrichtig aber scheint, wenn Förster aus der Vorgeschichte der jetzigen Fassung den Schluß zieht, daß man trotz derselben daran festhalten müsse, daß die dinglichen Rechte an einem Grundstücke, ebenso wie das Eigenthum, nur durch Eintragung erworben werden können, daß also z. B. Ersitzung nicht mehr zulässig sei und daß nur der gesetzliche Nießbrauch ohne Eintragung entstehe und Wirksamkeit gegen Dritte erst durch sie gewinne. Dies mag den Anschauungen der Verfasser des Entwurfs des E. E. Ges. entsprechen, widerstreitet aber der schließlich beliebten Fassung des Gesetzes. Auf die Frage, in welcher Weise die dinglichen Rechte entstehen, ist vielmehr zu antworten: nach den Grundsätzen des bisherigen Rechtes. So auch Bahlmann Komment. zum Gesetz über den E. E. § 12, vgl. Eccius Bd. 3 § 184

deren Wirksamkeit gegen Dritte bedinge. Die Eintragung ist also nicht Erwerbsmodus, sondern nur ein Mittel zur Sicherung des erworbenen Rechtes.

2. Das Gesetz macht von der Anforderung der Eintragung Ausnahmen.[5] Dies einmal für die gesetzlichen Vorkaufsrechte. Solche finden sich nur noch im Falle des Miteigenthums, welches ohnehin in der Regel aus dem Grundbuche ersichtlich ist, sowie dann, wenn ein für gemeinnützige Zwecke enteignetes Grundstück für dieselben wieder entbehrlich wird.[6] Ferner ist die Wirkung der Mieth- und Pachtverträge gegen Dritte nur an den Besitz der Miethsache geknüpft, somit von der Eintragung unabhängig. Auch für Grundgerechtigkeiten erachtete man die Eintragung nicht als Bedürfniß;[7] sie ist vollends nicht nöthig für Legalservituten, auch wenn sie nicht gleichmäßig wirken, sondern sich nach den besonderen Verhältnissen der Grundstücke gestaltet haben, nicht minder für deren Beseitigung im gegebenen Falle. Außerdem sah man von ihr ab bei gewissen auf Grund des Berggesetzes im Wege des Zwangsverfahrens erworbenen Rechten dinglicher Natur.[8] End-

---

S. 334. Demnach bestehen jetzt freilich für jede der drei Hauptarten der dinglichen Rechte grundsätzlich verschiedene Normen. 1) Eigenthum an Grundstücken entsteht im Fall der freiwilligen Veräußerung durch Auflassung und Eintragung, außerhalb des Falles der freiwilligen Veräußerung nach bisherigem Rechte, oben § 186 bei Anm. 5 ff. 2) Dingliche Rechte an fremden Grundstücken entstehen im Allgemeinen nach Vorschrift der bisherigen Gesetze ohne Eintragung, ihre Geltung gegen Dritte ist aber in der Regel von der Eintragung abhängig. 3) Pfandrechte an Grundstücken fordern schlechthin zu ihrer Begründung Eintragung. — Nicht zutreffend ist die Ansicht, daß die Dinglichkeit des Rechtes gerade in dessen Wirksamkeit gegen Dritte bestehe, so daß also mit dieser Wirksamkeit seine Dinglichkeit aufgehoben wäre. Die Dinglichkeit gründet sich vielmehr in der Unmittelbarkeit der Herrschaft über die Sache. Wenn diese regelmäßig von Jedem beachtet werden muß, so ist das doch nichts Wesentliches. Die Dinglichkeit tritt insbesondere in der Möglichkeit einer dinglichen Klage im Falle des Konkurses des Eigenthümers hervor.

5) Vgl. E. E. Ges. § 12 Abs. 2. Nach älterem Rechte wurde die Dinglichkeit regelmäßig durch den Besitz des Rechtes begründet. So wurde z. B. eine Reallast als Art eines affirmativen Rechtes dinglich dadurch, daß der Besitzer des angeblich belasteten Grundstückes die von ihm in Anspruch genommene Handlung leistete. Doch war solches dingliches Recht bis zur Eintragung nur von beschränkter Wirksamkeit gegen Dritte. Insbesondere forderte man bei Reallasten, um den Besitznachfolger zu verbinden, entweder dessen Kenntniß der Last im Augenblick des Sacherwerbes oder die vorgängige Eintragung derselben im Grundbuche oder, daß sie eine Gegenleistung für ein auf den Erwerber übergegangenes Recht war. Entsch. des O. Trib. Bd. 18 S. 321 ff.

6) Gesetz vom 2. März 1850 § 2 Nr. 6. § 4 daselbst. L. R. I, 17 § 61, Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 57, A. B. G. vom 24. Juni 1865 § 141. Vgl. übrigens oben § 223 Anm. 19.

7) Dabei ist zu beachten, daß Weide- und Forstgerechtigkeiten, welche den Werth der belasteten Grundstücke besonders schmälern können, durch die Gemeinheitstheilungen zum großen Theil aufgehoben sind, auch nicht mehr durch Verjährung begründet werden können. Das Vorhandensein anderer Grundgerechtigkeiten kommt wenigstens für den Realkredit meist nicht sehr in Betracht, während sie freilich für den Erwerber des Eigenthums, man denke an die Verbindlichkeit, nicht zu bauen, von Erheblichkeit sein kann.

8) Dies betrifft die §§ 8 und 142 des A. B. G. erwähnten Schurf- und Enteignungsrechte oben § 261 und § 267 bei Ziff. 6.

lich bedürfen der Eintragung nicht die auf öffentlich rechtlichem Titel beruhenden s. g. gemeinen Lasten.[9][10] Diesen sind die den Rentenbanken und dem Domainenfiskus zustehenden Ablösungsrenten gleichgestellt.[11][12]

Im Einzelnen ist Vieles zweifelhaft:

a. Wer ist nach dem Gesetze als Dritter zu betrachten? Wir nehmen an: jede Person, welche vermittelst besonderen Titels gegen Entgelt[13] an dem Grundstück Rechte erworben hat, ohne die Belastung zu übernehmen, wie auch deren Nachfolger.[14] Den Gegensatz gegen Dritte bilden Personen, welche das Recht bewilligt haben, oder gegen welche es entstanden ist, oder welche die Belastung übernommen haben, ferner die Erben dieser Personen. Dritter im Sinne des Gesetzes ist aber auch nicht, wer sich ohne Recht im Besitze der Sache befindet, so daß auch der nicht eingetragene Nießbraucher mit der konfessorischen Klage gegen schlechtgläubige Besitzer der Nießbrauchsache obsiegt.

b. Nicht in Betracht kommt, ob der Dritte in Kenntniß des Bestehens der gedachten nicht eingetragenen dinglichen Rechte erwarb. Denn es bestimmt das Eigenthumserwerbsgesetz im § 12 vorbehaltlos, daß solche Rechte Rechtswirkung gegen Dritte nur durch Eintragung erlangen.[15]

---

9) G. B. O. § 11 vgl. §§ 47 und 49 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855.

10) Bei Förster Grundbuchrecht S. 111 ff. wird die Frage erörtert, ob Erbstollengerechtigkeiten, Freikuxe und Zehntrechte bei Privatregalen (§§ 223. 224. 250 des A. B. G.) der Eintragung bedürfen, wenn sie vor Inkrafttreten des A. B. G. bestanden. Erbstollengerechtigkeiten bilden selbständiges Bergwerkseigenthum, welches als solches ein besonderes Blatt im Grundbuche erhalten muß, den Regeln dinglicher Belastung fremden Bergwerkseigenthumes aber nicht untersteht. Freikuxe sind Reallasten (A. B. G. § 224), welche zu den gemeinen Lasten des Bergwerkseigenthumes gehörten. Daß sie fortan nach der neuen Gesetzgebung nicht mehr entstehen, verändert ihr Wesen nicht, so daß sie der Eintragung nicht bedürfen. Was Privatzehntrechte — oben § 258 bei Ziff. 4 — anlangt, so ist nach den Verhältnissen des Falles zu entscheiden, ob sie als gemeine Last anzusehen sind oder auf einem privatrechtlichen Titel beruhen.

11) Gesetz vom 2. März 1850 über die Errichtung von Rentenbanken §§ 18. 64. E. E. Ges. § 12 Abs. 3. Vgl. oben § 210 Anm. 9; R. G. Bd. 6 S. 293.

12) Dingliche Rechte, welche der Eintragung nicht bedürfen, gehen im Falle einer Zwangsversteigerung, ohne daß dies in den Kaufbedingungen ausgesprochen sein muß, auf den Ersteher regelmäßig ohne Weiteres über. Pacht und Miethe haben jedoch eine eigenthümliche Stellung, Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 22 Abs. 3.

13) Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber nach Analogie des § 9 E. E. G. und nach inneren Gründen zu fordern, vgl. L. R. Einl. § 96.

14) Ist der Käufer, welcher nach Abschluß des Kaufvertrags den Verkäufer beerbt, Dritter im Sinne des § 12 E. E. Ges.? R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1084.

15) Vgl. § 15 E. E. G. „Der Erwerb des eingetragen en dinglichen Rechtes wird dadurch nicht gehindert, daß der Erwerber das ältere Recht eines Anderen auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechtes gekannt hat, oder daß sich Letzterer bereits in der Ausübung dieses Rechtes befindet." Neben den beiden vom Gesetze allein erwähnten Fällen liegt freilich noch der gerade vorzugsweise wichtige, in welchem der Erwerber wußte, daß sich der Andere in der Ausübung des Rechtes befand. Für diesen

Andererseits erklärt jenes Gesetz in dem unmittelbar vorhergehenden § 11, daß Beschränkungen des Eigenthums an dem Grundstücke Rechtswirkung gegen Dritte nur erlangen, wenn diese die Beschränkung gekannt haben oder letztere im Grundbuch eingetragen sind. Beschränkungen des Eigenthums sind aber die dinglichen Belastungen sämmtlich. Nach der Seite des Berechtigten erscheint dasselbe Recht als dingliche Befugniß, welches nach der Seite des belasteten Eigenthümers als Beschränkung anzusehen ist.[16] Der Widerspruch[17] läßt sich ausgleichen, wenn man den § 11 des Gesetzes ausschließlich auf solche Anordnungen des Eigenthümers bezieht, durch welche er das Eigenthum seines Grundstücks seinem Nachfolger rechtlich in beschränktem Umfang zuwendet und zwar nicht bloß zu Gunsten einer bestimmten Person. So wenn ein Erblasser die ihm zugehörigen Grundstücke, welche er einem Erben oder Vermächtnißnehmer zudenkt, mit einem Veräußerungsverbot belegt, sei es im eigenen Interesse des Bedachten, sei es auch behufs allgemeiner Zwecke.[18]

c. Eine Uebergangsbestimmung stellte fest, daß auch die vor dem Inkrafttreten der Gesetze vom 5. Mai 1872 begründeten dinglichen Rechte vom 1. Oktober 1873 an der Wirksamkeit gegen Dritte entbehren, wenn sie zur Zeit des Erwerbes des Dritten nicht eingetragen oder wenigstens vorgemerkt waren.[19] Es gilt dies selbstverständlich nur soweit, als die entsprechenden Rechte, falls sie unter der Herrschaft der jetzt geltenden Gesetze entstanden wären, zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen.[20]

Fall aber giebt das Gesetz keine Antwort. Vgl. ferner § 73 der G. B. O. Siehe R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1101.

16) Oben § 274. Vgl. L. R. I, 19 § 6. Doch spricht das L. R. I, 19 §§ 1. 14 auch „von Einschränkungen und Belastungen."

17) Der Keim zu dieser Zwiespältigkeit liegt bereits im Regierungsentwurf, wo im § 11 von den „Beschränkungen des Eigenthumes" und im § 12 von den „dinglichen Rechten" gesprochen wird, als handele es sich um schlechthin Verschiedenes. Dies wurde denn im Laufe der Landtagsberathung weiter entwickelt. — An einer anderen Stelle des Gesetzes (G. B. O. § 73) ist von „Beschränkungen des Verfügungsrechtes" und von „dinglichen Rechten" die Rede. Dagegen handelt wiederum § 102 der G. B. O. von „Einschränkungen des Eigenthums oder des Verfügungsrechts."

18) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 392. Förster Grundbuchrecht S. 49 versteht unter den Beschränkungen des Eigenthumsrechtes solche, „durch welche dem Eigenthümer die freie Verfügung über das Grundstück entzogen ist, also Veräußerungsverbote, fideikommissarische Substitutionen, Lehenseigenschaft, Familienfideikommisse." Das O. Trib. Entsch. Bd. 73 S. 178 rechnet auflösende Bedingungen hierher, vgl. auch Entsch. Bd. 80 S. 152. Eine sichere Grenze wird wissenschaftlich kaum zu gewinnen sein. Vgl. R. G. Bd. 7 S. 249 ff.

19) G. B. O. § 73. Unter denjenigen, welche vor dem 1. Oktober 1873 Rechte erlangten, entscheiden über das Vorrecht lediglich die Grundsätze des alten Rechtes, auch wenn der nachstehende früher als der ihm gegenüber prioritätisch Berechtigte die Eintragung erlangte. Rintelen Einfluß neuer Gesetze S. 156.

20) Obgleich G. B. O. § 73 dies nicht hervorgehoben hat, so kann nach allgemeinen Grundsätzen hierüber kein Zweifel sein. Es bezieht sich auf die im E. E. G. § 11

d. Fraglich ist, welche Bedeutung die erörterten Bestimmungen haben, wenn über das belastete Grundstück ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt ist. Um die Wirksamkeit gegen Dritte zu sichern, wird der Erwerber des dinglichen Rechtes dasselbe nach Analogie der s. g. Rekognitionshypotheken gerichtlich anzumelden haben.[21]

§ 276. Die Löschung.

Die Beendigung der in der zweiten Abtheilung des Grundbuchblattes eingetragenen dinglichen Rechte muß durch Löschung im Grundbuche bekundet sein, um Dritterwerbern, welche den Untergang nicht kannten, entgegenzustehen.[1]

1. Die Löschung bekundet also nur die Beendigung dieser Rechte; einen Tilgungsgrund bildet sie nicht. Vielmehr ist zur Rechtsgültigkeit der Löschung erforderlich, daß sie in einem materiellrechtlichen Endigungsgrunde des Rechtes ihre Rechtfertigung hat, z. B. im Aufhören der väterlichen Gewalt beim Nießbrauch des Hausvaters, oder im Verzicht, oder im Eintritt eines Endtermines, oder einer auflösenden Bedingung.

2. In Folge s. g. ungebührlicher Löschung, d. h. einer ohne genügende rechtliche Grundlage vorgenommenen, wird das gelöschte Recht gegenüber Rechten unwirksam, welche Dritte ohne Kenntniß der Ungebühr der Löschung erworben, da sie ihr guter Glaube deckt. Dagegen verbessert die ungebührliche Löschung die Rechtsstellung derer nicht, welche bereits vorher Rechte hatten. Ferner können sich Personen auf die ungebührliche Löschung nicht berufen, welche späterhin Rechte in Kenntniß des Fehlens der Unterlagen der Löschung erwarben.[2]

3. Die Löschung geschieht auf Antrag des eingetragenen Eigenthümers. Derselbe muß die Bewilligung des Berechtigten beibringen,

---

erwähnten Eigenthumsbeschränkungen, wie auf die im § 12 Abs. 2 desselben hervorgehobenen Ausnahmen. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 395, R. G. Bd. 7 S. 249.

21) Vgl. G. B. O. § 140 und unten § 323. Dernburg und Hinrichs Bd. 1 S. 224.

1) E. E. Gesetz § 12 bestimmt: „Dingliche Rechte an Grundstücken ... erlangen gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit und verlieren dieselbe durch Löschung." Die Löschung wird also nicht als für die Beendigung unentbehrlich bezeichnet; die materiellrechtlichen Gründe der Erlöschung behalten ihre Kraft auch für Dritte, sofern nicht der öffentliche Glaube des Buches widerstreitet. Es gilt dies z. B. für Fälle, in welchen das dingliche Recht an die Person des Berechtigten geknüpft, derselbe aber gestorben ist. — Ist dies gerichtskundig, so sind §§ 60 und 106 des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 auf sie nicht anzuwenden.

2) G. B. O. § 118. Vgl. Entsch. d. Kamm. Ger. Bd. 5 S. 192. Der Uebergangsbestimmung des § 73 der G. B. O. kommt hierbei kein Einfluß zu, R. G. Bd. 5 S. 288.

oder ein zu derselben verurtheilendes, rechtskräftiges Erkenntniß.[3] Auch auf Ersuchen zuständiger Behörden hat die Löschung zu erfolgen.

Persönliche unvererbliche Einschränkungen des Eigenthumes werden auf Antrag des Eigenthümers auch ohne Bewilligung der Erben des Berechtigten schon dann gelöscht, wenn dem Grundbuchrichter der Tod des Berechtigten nachgewiesen wird.[4] Doch kann die Löschung bei denjenigen Rechten, bei welchen die Möglichkeit von Rückständen besteht, insbesondere bei Altentheilen, Nießbrauchsrechten und ähnlichen auf Lebenszeit bedungenen Leistungen ohne Bewilligung des Erben nur erfolgen, wenn seit dem Todestage ein Jahr abgelaufen ist, ohne daß eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes eingetragen wurde.[5]

§ 277. Die Konfessorienklage.[1]

Die Konfessorienklage, bei den Römern ausschließlich zum Schutze der Servituten bestimmt,[2] ist bei den Neueren ein allgemeiner Name für Klagen

---

3) G. B. O. § 92 ff.

4) G. B. O. § 102 Abs. 1. Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 §§ 33 und 34 hatte ähnliche Bestimmungen getroffen. Sie führte auf: einmal unter 1) Einschränkungen des Eigenthumes oder der Disposition, und dann unter 2) und 3) Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte, Wohnungsrechte, Altentheile, Leibrenten. — Im Anschluß hieran lautete die Regierungsvorlage der Grundbuchordnung „persönliche, unvererbliche Einschränkungen des Eigenthumes oder des Verfügungsrechtes, sowie Rechte, deren Dauer durch das Leben des Berechtigten bedingt ist, werden gelöscht, wenn der Tod des Berechtigten nachgewiesen ist." Die Kommission des Herrenhauses hat jedoch die Worte „Rechte, deren Dauer durch das Leben des Berechtigten bedingt ist" gestrichen, so daß in der G. B. O. nur die persönlichen, unvererblichen Einschränkungen des Eigenthumes oder des Verfügungsrechtes stehen blieben. Förster Grundbuchrecht S. 115 meint, hierunter könnten Wohnungsrechte, Altentheile, Verpflegungsrechte, Leibrenten unmöglich verstanden werden, es habe daher der Beschluß des Herrenhauses in die G. B. O. eine Lücke gerissen, welche nirgends ausgefüllt worden sei. Wir sind entgegengesetzter Ansicht. Auch diese Rechte bilden, wie dingliche Rechte jeder Art, Einschränkungen des Eigenthums. So auch Eccius Bd. 3 § 188 Anm. 80.

5) § 102 Abs. 2. Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 § 34 hatte die Löschung von dinglichen Rechten ohne Quittung des Erben verstattet, wenn 5 Jahre seit dem Todestage des Berechtigten abgelaufen waren. Vgl. Verjährungsgesetz vom 31. März 1838 § 2 Ziff. 5 und § 5 Ziff. 3. Der Regierungsentwurf der Grundbuchordnung von 1869 hingegen wollte die Löschung von dem Tode des Berechtigten abhängig machen ohne Ablauf einer Frist. Man beabsichtigte damit den Ansprüchen der Erben auf Rückstände die dingliche Kraft zu nehmen, um die oft widerwärtigen Prozesse der Erben der Altsitzer möglichst abzuschneiden. Hiergegen erklärten sich jedoch die Häuser des Landtages, namentlich auch um deswillen, weil Altsitzer nicht selten durch schlechte Behandlung aus ihrem Altsitze fortgetrieben und dann durch Dritte in der Erwartung ernährt werden, daß ihnen für die Aufwendung aus den Altentheilsrückständen Ersatz werde. Würde die Realsicherheit nach dem Tode des Berechtigten beseitigt, so würde diese Erwartung leicht getäuscht werden. Da andererseits die fünfjährige Frist die Sache zum Nachtheile des Realkredites zu lange hinzuziehen schien, gab man dem Gesetze die jetzige Fassung.

1) Franklin bei Gruchot Bd. 5 S. 41 ff. Gruchot Bd. 9 S. 163 ff. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 255.

aus Rechten an Sachen mit Ausnahme der Pfandrechtsklagen geworden. Natürlich hat sie aber nach Verschiedenheit des zu Grunde liegenden Rechtes verschiedenen Inhalt und Gestaltung.

1. Bei der klagweisen Geltendmachung subjektiv dinglicher Rechte kommt die aktive Klagelegitimation besonders in Frage. Klageberechtigt ist nicht bloß, wie im römischen Rechte, der Eigenthümer,[3] sondern auch der vollständige Besitzer der herrschenden Sache.[4] Es genügt nach jetzigem Grundbuchrechte schon, daß Kläger als Eigenthümer des herrschenden Grundstückes im Grundbuch eingetragen ist.[5] Erforderlich ist jedoch die Eintragung als Eigenthümer zur Geltendmachung der dinglichen Rechte eines Grundstückes keineswegs. Jeder Miteigenthümer der herrschenden Sache ist selbständig klageberechtigt.[6] Nicht weniger haben die an der herrschenden Sache dinglich Berechtigten, z. B. Nießbraucher,[7] Miether, Pächter, ein Klagerecht, soweit dies im Interesse der Unversehrtheit ihres dinglichen Rechtes liegt.[8] [9]

2. Die Konfessorienklage hat, wie in Rom, absolute Natur. Sie steht also nicht nur gegen den Eigenthümer der dienenden Sache, sondern gegen jeden Dritten zu, welcher dem dinglichen Recht des Klägers entgegentritt.[10] [11] Letzteres ist aber in einigen Fällen unanwendbar:

---

2) l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5: de servitutibus in rem actiones competunt nobis... tam confessoria, quam negatoria.

3) l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5: haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit. l. 6 § 3 D. eod. Besitz des herrschenden Grundstückes ist nicht erfordert.

4) Vgl. oben § 156 bei Anm. 4.

5) Vgl. E. E. Gesetz § 7.

6) l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 152. Vgl. oben § 223 bei Anm. 14. Vgl. auch § 282 Anm. 4.

7) Die herrschende Meinung der römischen Juristen formulirt l. 1 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6: si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus .. sententiam probat existimantium, servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum; ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire, agere, teneri ei.

8) Der Klageantrag des Nießbrauchers hat beispielsweise dahin zu gehen, daß dem in seinem Nießbrauche stehenden Gute A eine Weidegerechtigkeit an dem Gute B zustehe, und daß Beklagter Störung der Ausübung derselben durch Kläger zu unterlassen habe. Das gegen den Nießbraucher ergehende Erkenntniß schadet dem Eigenthümer nur, wenn er — als Nebenintervenient oder Litis Denunciat — beim Prozeß betheiligt war; dagegen kann er sich auf dasselbe berufen, wenn es zu seinen Gunsten lautete, vgl. L. R. I, 21 § 98. Vgl. auch § 282 Anm. 4.

9) Nicht klageberechtigt ist, wer bloß Interesse an der Ungestörtheit der Servitut, nicht aber ein Recht auf dieselbe hat. Wenn z. B. dem A eine Aussichtsgerechtigkeit zusteht, welche auch dem B freie Aussicht verschafft, kann B dieses Recht nur im Namen des A geltend machen.

10) l. 10 § 1 D. si serv. vind. 8, 5: agi hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum

a) Aus Reallasten und reallastähnlichen Verbindlichkeiten erwächst die dingliche Klage auf Leistung nur gegen den jeweiligen Eigenthumsbesitzer der belasteten Sache.[12] Eine besondere Stellung hat die Zehntpflicht. Denn sie belastet den an der dienenden Sache Nutzungsberechtigten, kann also auch gegen etwaige Nießbraucher und Pächter geltend gemacht werden.[13]

b. Dingliche Rechte auf Erwerb einer Sache oder auf deren Verwerthung durch Veräußerung können gleichfalls nur gegen den Eigenthümer oder den vollständigen Besitzer der Sache eingeklagt werden.[14] [15]

3. Die konfessorische Klage steht dem Berechtigten auch zu, wenn er im Besitze des Rechtes ist. Veranlassung derselben kann thatsächliche, sei es völlige, sei es theilweise, Störung bilden, vorausgesetzt, daß sie die fortgesetzte Ausübung des Rechtes gefährdet; aber auch bloße Nichtanerkennung des Rechtes, wenn sie solche Gefährdung fürchten läßt, rechtfertigt die Klage.[16]

4. Klagezweck ist allgemein Verurtheilung zur Anerkennung des behaupteten dinglichen Rechtes in den vom Kläger angesprochenen Grenzen. Die praktische Folge, welche das Urtheil hieran knüpft, ist nach der Art des eingeklagten Rechtes und der Sachlage verschieden, bald Einräumung des Besitzes, bald

---

omnibus agi poterit, quicunque aquam ducere impediunt, exemplo caeterarum servitutum.

11) Förster Bd. 3 § 184 nahm grundloserweise an, nur gegen den Eigenthümer habe der Berechtigte die konfessorische Klage, gegen Dritte eine vindicatio iuris oder eine negatoria, da auch Rechte Gegenstand des Eigenthumes und des Besitzes seien. Allein ein Analogon der Eigenthumsklage tritt nur ein, wenn das Vorhandensein des Rechtes feststeht und es sich fragt, wer der Berechtigte ist. Die konfessorische Klage aber ist gegeben, wo das Bestehen der Berechtigung erst zur Anerkennung gebracht werden soll, sei es gegen den Eigenthümer der dienenden Sache sei es gegen einen Dritten. Gegen Förster auch Eccius a. a. O. Anm. 37.

12) Vgl. unten § 308. Aehnlich die Römer bei der servitus oneris ferendi l. 6 § 3 D. si serv. vind. 8, 5: haec actio non alii competit. quam domino aedium et adversus dominum. l. 1 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

13) Entsch. d. O. Trib. Bd. 14 S. 33, unter § 309.

14) L. R. I, 19 § 10 bestimmt: Ein Rechtsstreit, durch welchen die Richtigkeit eines dinglichen Rechtes auf die Substanz einer fremden Sache ausgemittelt werden soll, kann nur mit dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer derselben gültig verhandelt werden. Der vorhergehende § 9 stellt ausdrückliche Rechte „auf die Substanz" solchen „auf Gebrauch und Nutzung" gegenüber. Wenn also § 10 nur Rechte der ersteren Art nennt, so soll offenbar eine Eigenthümlichkeit bloß dieser Rechte hervorgehoben werden. — Andere Erklärungen siehe bei Striethorst Archiv Bd. 93 S. 289, R. G. Bd. 2 S. 215, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1014, Eccius Bd. 3 § 184 Anm. 37.

15) Erforderlich ist nur ein rechtliches Interesse für den Kläger bei der Anerkennung seines Rechtes.

16) l. 4 § 5 D. si serv. vind. 8, 5. Diese Beseitigung hat durch den Kläger zu geschehen, wenn den Beklagten keine Schuld der Störung trifft; war dieser in Schuld, so muß sie durch ihn oder doch auf seine Kosten erfolgen.

Wegräumung von Hindernissen und störenden Anlagen,[17] bald — bei Reallasten — Verurtheilung zu der Leistung, welche den Inhalt des zur Anerkennung gebrachten Rechtes bildete. Auch wird vielfach das Verbot künftiger Störung zur Vermeidung von Geld- oder Haftstrafe Zweck der Klage sein. Nach Umständen ist der Beklagte zur Bestellung einer Sicherheit für den durch künftige Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit zu verurtheilen.[18] Die Verurtheilung wegen vorenthaltener oder entgangener Nutzungen[19] richtet sich nach denselben Grundsätzen wie bei der Eigenthumsklage, so daß in dieser Hinsicht zwischen bösgläubigen und gutgläubigen Beklagten zu unterscheiden ist. Auch ist nach Maßgabe der Verschuldung des Beklagten auf sonstigen Schadensersatz zu erkennen.

Zweiter Titel.

Der Nießbrauch.[1]

§ 278. Eigentlicher, uneigentlicher Nießbrauch.

Das Landrecht bezeichnet den Nießbrauch als das vollständige Nutzungsrecht oder die Befugniß eine fremde Sache nach Art eines guten Hauswirths ohne weitere Einschränkung zu nutzen und zu gebrauchen.[2]

Es ist jedoch eigentlicher und uneigentlicher Nießbrauch zu unterscheiden.[3]

1. Der eigentliche Nießbrauch ermächtigt zur Nutzung nur unbeschadet der Substanz der Nießbrauchssache.[4]

Solcher Art ist in der Regel der Nießbrauch von körperlichen Sachen, es handele sich denn um Konsumtibilien.[5] Auch Nießbrauch an selbständigen Gerechtigkeiten z. B. Zoll- und Fischereigerechtigkeiten, Apotheken und Schiffs-

---

17) Ueber römisches Recht l. 7 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. R. C. P. O. § 775, insbesondere Abs. 3.

18) l. 4 § 2. l. 6 § 6 D. si serv. vind. 8, 5. l. 5 § 3 D. si ususfr. pet. 7, 6.

19) Vgl. oben § 246 unter Ziff. 4.

1) L. R. I, 21 §§ 22 bis 186. Grävell die Lehre vom Nießbrauch nach pr. Rechte 1820. — Gemeinrechtlich Dernburg Pand. Bd. 1 § 246 ff. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch, eine nicht im Buchhandel verbreitete Inauguralschrift, München 1864, nach seinem Tode herausgegeben 1880. Hanausek, die Lehre von dem uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht, Erlangen 1879.

2) L. R. I 21 § 22.

3) Das L. R. gebraucht den Ausdruck Nießbrauch ohne Unterscheidung, L. R. I 21 § 173.

4) Pr. J. de usufructu 7, 4: ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. l. 7. D. de usufr. 7, 1: omnis fructus rei ad fructuarium pertinet.

5) l. 3 § 1 D. de usufructu 7, 1. Auch Nießbrauch an Kunstwerken, z. B. Gemälden, gilt als möglich. l. 41 pr. D. eod. Auch zu einem bloß ideellen Theile ist Bestellung des Nießbrauches zulässig. l. 5 D. usufr. 7, 1.

mühlen, selbst Nießbrauch an zinsbaren Forderungen ist in der Regel eigentlicher.[6]

Neben dem eigentlichen Nießbrauchrecht bleibt das Eigenthumsrecht wirksam. Der Eigenthümer kann somit die Nießbrauchsache veräußern, belasten; Rechte dagegen, welche die Nutzung schmälern, kann er für die Zeit des Nießbrauchs nur unter Zustimmung des Nießbrauchers bewilligen.[7]

Auch der vollständige Besitz des Eigenthümers besteht neben dem unvollständigen Besitz des Nießbrauchers fort.

In einigen Fällen des eigentlichen Nießbrauchs steht dem Nießbraucher Verwaltung der Nießbrauchsache und selbst Verfügung über dieselbe zu — s. g. Dispositionsnießbrauch.[8] Diese Art des Nießbrauchs nähert sich dem uneigentlichen.

2. Beim uneigentlichen Nießbrauche geht das Eigenthum der Nießbrauchsache auf den Nießbraucher über, so daß er nur verpflichtet ist, dem Herrn des Kapitals eine entsprechende Summe nach Beendigung des Nießbrauchs zu erstatten.[9]

Diese Weise des Nießbrauches ist die allein mögliche bei denjenigen Gegenständen, welche sich nothwendigerweise in Folge ihres bestimmungsmäßigen Gebrauches unmittelbar aufbrauchen, z. B. bei Waarenvorräthen, Geld, Banknoten. Sie ist aber nach dem Willen der Parteien auch an solchen Gegenständen statthaft, welche an sich des eigentlichen Nießbrauches fähig wären.[10] Namentlich kommt sie nicht selten vor bei Sachen, welche sich zwar nicht unmittelbar durch den Gebrauch verzehren, sich aber voraussichtlich

6) Unten § 285.

7) L. R. I. 21 §§ 99. 100. Vgl. auch l. 16 § 1 D. de usu 7, 8. Anders l. 15 § 7 D. de usufr. 7, 1: proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.

8) Kohler Dispositionsnießbrauch in Jherings Jahrb. Bd. 24 N. 4.

9) An sich sind Gegenstände gleicher Qualität und Quantität zu erstatten. L. R. I, 21 § 173. Nach römischem Rechte konnte jedoch jeder Theil eine Schätzung der Nießbrauchssachen nach Geld fordern, so daß dann die Schätzungssumme zu zahlen war. l. 7 D. de usufr. earum rerum 7, 5. § 2 J. de usufr. 2, 4. Bürkel a. a. O. S. 43. Man darf Gleiches auch nach preußischem Rechte annehmen. L. R. I, 21 § 173 steht nicht entgegen, da hier nur die an sich eintretende Wirkung bezeichnet wird.

10) Zutreffende Beispiele führt an Bürkel a. a. O. S. 8 ff., welcher freilich die Benennung uneigentlicher Nießbrauch für solche Fälle verwirft. Der Nießbrauch an Vieh, regelmäßig ein eigentlicher, wird z. B. zum uneigentlichen, wenn es sich um Mastvieh handelt. Wenn ein Maler seiner mittellosen Wittwe den Nießbrauch seines Vermögens hinterläßt, welches hauptsächlich aus seinen Gemälden besteht, so wird derselbe an den hinterlassenen Gemälden ein uneigentlicher sein. Für Kleider setzt auch Ulpian voraus, daß beide Weisen je nach Absicht des Erblassers oder nach Uebereinkunft möglich sind. Gewöhnlich ist der Nießbrauch an Kleidern eigentlicher. l. 15 § 4 D. de usufructu 7, 1. Doch giebt es Kleidungsstücke, die nur des uneigentlichen Nießbrauches fähig sind, z. B. bei uns Papierkragen. Auf dergleichen Dinge ließe sich § 2 J. de usufr. 2, 1 beziehen. Vgl. oben § 65 Anm. 1.

im Falle ordnungsmäßigen Gebrauches vor Ablauf der Nießbrauchszeit wesentlich abnutzen und verschlechtern würden.

Bei dem eigentlichen Nießbrauche trägt der Eigenthümer die Gefahr zufälligen Unterganges und der Verschlechterung der Nießbrauchsache. Dagegen geht bei dem uneigentlichen Nießbrauche mit dem Eigenthum auch die Gefahr auf den Nutznießer über.

§ 279. Entstehung des Nießbrauches.

1. Gründe der Entstehung des Nießbrauches sind freiwillige Bestellung, Verjährung, Gesetz.

a) Freiwillige Bestellung erfolgt am häufigsten durch Vermächtniß.[1] Doch kommt auch Begründung durch Vertrag, besonders mittels Vorbehaltes bei Sachveräußerungen, vor.[2] Der Erwerb vollendet sich durch Besitzübertragung.[3] Die Uebergabe wird bei Grundstücken durch die Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuche ersetzt.[4]

b) Auch durch Verjährung ist Erwerb eines Nießbrauches nach den allgemeinen Grundsätzen des Verjährungsrechtes möglich.[5]

c) Endlich entsteht Nießbrauch nicht selten unmittelbar in Folge des Gesetzes. Ueberwiegend hat der gesetzliche Nießbrauch seinen Grund in familienrechtlichen Verhältnissen, so das Recht des Ehemannes am nichtfreien Vermögen seiner Frau, das des Vaters an dem seiner gewaltuntergebenen Kinder.[6] Dieser Nießbrauch schließt sich an das Recht zur Verwaltung an und unterliegt besonderen, von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Bestimmungen. Auch das Recht des Pfarrers an den Pfarrländereien wird vom Gesetz als Nießbrauch behandelt, ist aber in wesentlichen Punkten, namentlich bezüglich der dem Pfarrer obliegenden Verbindlichkeiten, eigenthümlich geordnet.[7]

---

1) Der Nießbrauch hat geschichtlich in Rom seinen Ursprung im Vermächtniß. Zeuge hierfür ist das prätorische Edikt über die cautio usufructuaria, wonach dieselbe gefordert wurde: si cuius rei ususfructus legatus sit. l. 1 pr. D. usufr. quemadmodum 7, 9.

2) Vgl. l. 32 D. de usufr. 7, 1.

3) L. R. I, 21 § 2. Vgl. über § 2 unten § 290 Anm. 7.

4) L. R. I, 21 § 4.

5) Die Verjährung kann an Grundstücken nach E. E. G. § 12 Abs. 1 nur gegen den Eigenthümer vollendet werden, gegen welchen sie begonnen hat, beziehungsweise dessen allgemeinen Rechtsnachfolger. Anders Förster Bd. 3 § 184, den aber Eccius daselbst Anm. 23 widerlegt. — Ueber die römischen Grundsätze siehe unten bei den Grundgerechtigkeiten.

6) L. R. II, 1 § 614 ff. L. R. II, 2 § 168 ff.

7) L. R. II, 11 § 778. Der Nießbrauch des Pfarrers bildet einen Theil seines Diensteinkommens und soll ihm ein ständiges, gesichertes Einkommen gewähren. Deshalb sind seine Verbindlichkeiten zur Erhaltung der Pfarrgebäude ermäßigt, L. R. II, 11

Unmittelbarer Erwerb des Nießbrauches durch richterliche Zuerkennung auf Grund einer Theilungsklage, wie ihn das römische Recht kennt,[8] findet sich im preußischen Rechte nicht.

2. Die Bestimmung des Grundbuchrechtes, wonach dingliche Rechte an Grundstücken, welche auf das Belastungsblatt gehören, nur durch Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte gewinnen, gelten auch für den Nießbrauch, selbst den gesetzlichen.[9] [10]

3. Der Nießbrauch kann Mehreren, z. B. Ehegatten, in dem Sinne zugewendet werden, daß Jeder zu vollem Nießbrauch berufen ist, und nur durch die Theilnahme des Anderen Beschränkung auf Theilgenuß eintritt. War dies nachweisbar die Absicht des Bestellers, so wächst nach dem Wegfall des einen Theilhabers, mag dieser den Nießbrauch schon erworben gehabt haben oder nicht, das Anrecht des anderen zu vollem Nießbrauch.[11]

§ 280. Beendigung des Nießbrauches.

1. Der Nießbrauch erlischt, da er nur persönliche Versorgung bezweckt, mit dem Tode des Nießbrauchers.[1] [2] Sind die Erben ausdrücklich zum

---

§ 784 ff. Andere Eigenthümlichkeiten finden sich L. R. II, 11 §§ 782. 804 ff. 800 ff. 822 ff. 833 ff. Auch wo ausdrückliche Abweichungen im Gesetze nicht angeordnet wurden, sind die Grundsätze des Nießbrauches nur soweit anzuwenden, als nicht die Eigenthümlichkeiten des Verhältnisses entgegenstehen. Daher liegen dem Pfarrer insbesondere die Deichlasten der Pfarrländereien nicht ob. So R. G. Bd. 2 S. 329. Vgl. Kretschmann bei Gruchot Bd. 4 S. 421 ff. Nach Eccius Bd. 3 § 186 Anm. 44 greifen die Vorschriften des 21. Titels sogar nur soweit ein, als sie ausdrücklich in Bezug genommen sind. Ueber gemeinrechtliche Auffassungen vgl. Richter Kirchenrecht § 315.

8) Vgl. l. 6 § 1 D. de usufr. 7, 1. l. 16 § 1 D. fam. erc. 10, 2. l. 6 § 10 D. comm. div. 10, 3.

9) Oben § 275 Anm. 4.

10) Es gilt dies namentlich auch für den Erwerb durch Verjährung. Es erheben sich in dieser Hinsicht nicht leicht lösbare Fragen, welche allerdings nicht oft praktisch werden. Ersitzt, wer von einem Nichteigenthümer — dem A — den Nießbrauch erhielt, gegen den B, welcher im Augenblicke der Bestellung des Nießbrauches der eingetragene Eigenthümer des Grundstückes war? Es ist dies zu bejahen, denn B ist kein Dritter im Sinne des Gesetzes, sondern derjenige, gegen welchen sich der Rechtserwerb durch Verjährung von Anfang an richtet. Wie aber, wenn B während der Verjährungszeit an C veräußert hat? Läuft dann die Verjährung gegen C fort? Wir werden dies verneinen müssen. Denn C ist hinsichtlich der gegen B begonnenen Ersitzung ein Dritter und es kann ihn so wenig das gegen seinen Rechtsvorfahren in der Bildung begriffene, wie ein gegen diesen vollendetes Recht treffen. Wohl aber kann der Besitzer des Nießbrauches gegen C einen neuen Ersitzungsbesitz beginnen. A. Ans. Förster Grundbuchrecht S. 109. — Vgl. übrigens L. R. I, 22 § 24, wo ähnliche Verhältnisse verwandte Sätze hervorriefen.

11) Analog ist die römische Lehre der Akkrescenz des vermachten Ususfruktes, wie sie insbesondere Tit. Dig. de usufructu accrescendo 7, 2 entwickelt. — Vgl. noch unten Bd. 3 § 138 bei Anm. 10.

1) Ueber das Recht des Eigenthümers, nach dem Tode des Nießbrauchers Löschung des eingetragenen Nießbrauches zu beantragen, vgl. G. B. O. § 102, oben § 276 Anm. 5.

Nießbrauche mitberufen, so erstreckt sich diese Berufung nach Landrecht im Zweifel doch nur auf die nächsten Erben.[3] In Folge der Agrargesetzgebung aber ist die erbliche Bestellung des Nießbrauches bei Grundstücken richtiger Ansicht nach überhaupt unzulässig geworden.[4] [5]

2. Die Römer beanstandeten die zeitlich unbeschränkte Zuwendung des Nießbrauches an juristische Personen, da deren unbegrenzte Dauer eine mit dem Grundgedanken des Institutes nicht vereinbare beständige Entwerthung des Eigenthums in Aussicht stelle. Die römischen Juristen ließen daher eine solche Zuwendung nur auf 100 Jahre gelten, als das längste menschliche Lebensalter.[6] Zur Zeit des Inkrafttretens des Landrechtes war hingegen dauernde Trennung des Nutzungsrechtes vom Eigenthum nichts Ungewöhnliches. Daher erachtete man Bestellung eines Nießbrauches von unbegrenzter Dauer zu Gunsten juristischer Personen nicht für unzulässig.[7] Dennoch wird in einer Gesetzesstelle das einer juristischen Person durch Vermächtniß zugewendete Genußrecht auf 50 Jahre beschränkt.[8] Es ist dies indessen nur Auslegungsregel für den Fall, daß eine anderweite Willensmeinung des Testators nicht klar steht.[9]

3. Natürlich erlischt der Nießbrauch durch völligen Untergang seines Gegenstandes. Die römische Jurisprudenz erblickte einen Beendigungsgrund auch in wesentlicher Umgestaltung der Sache.[10] Nach Landrecht dagegen ist die Erhaltung des Nießbrauches an der umgewandelten Sache Regel,

---

2) Der einer „offenen Handelsgesellschaft" bestellte Nießbrauch erlischt noch nicht mit deren Konkurs, trotzdem sie G. B. G. Art. 123 als „aufgelöst" erklärt. R. G. Bd. 16 S. 1.

3) L. R. I, 21 § 178 spricht von Erben ersten Grades. Der Gegensatz ist der Erbe des Erben. Die Vorschrift enthält eine Willensauslegung. Ueber justinianisches Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 1 § 246 Anm. 4.

4) § 91 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 bestimmt: „Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthumes zulässig." Damit sollte zunächst das getheilte Eigenthum beseitigt werden. Aber die Bestimmung betrifft ihrem Endzweck nach wohl auch dauernde Entziehung des Nutzungsrechtes durch einen vererblichen Nießbrauch am Grundstück. Vgl. Bd. 2 § 166 Anm. 3.

5) Der römische Untergang des Nießbrauches durch capitis deminutio ist dem heutigen Rechte fremd. Auch L. R. II, 2 § 268 beruht auf anderen Gedanken.

6) l. 56 D. usufr. 7, 1. l. 8 D. de usu leg. 33, 2.

7) L. R. I, 21 § 179. Vgl. Entwurf des Gesetzbuches II, 3. 20 § 89.

8) L. R. I, 12 § 423.

9) So sucht Suarez selbst — Schlußvorträge in Kamptz Jahrbüchern Bd. 41 S. 64 — die Antinomie zu beseitigen. Andere vereinigen in anderer Weise. Sie beziehen L. R. I, 21 § 179 auf den vertragsmäßig, L. R. I, 12 § 423 auf den letztwillig bestellten Nießbrauch. Welcher innere Grund sollte aber dafür bestehen, den letztwillig bestellten Nießbrauch schlechthin an eine bestimmte Zeitgrenze zu binden, den auf Vertrag beruhenden nicht!

10) l. 36 pr. D. de usufr. 7, 1. l. 5 § 2. l. 10 § 5. l. 12. l. 23. l. 30. l. 31. D. q. m. u. a. 7, 4.

falls die Zwecke, welche bei der Bestellung walteten, trotz der Umgestaltung, wenigstens theilweise erreichbar bleiben.[11] [12]

4. Auch Konsolidation ist Erlöschungsgrund, wenn der Nießbraucher das Eigenthumsrecht aus einem unwiderruflichen Grunde erwirbt.[13]

5. Einseitige Entsagung beendigt das Verhältniß, sobald sie zur Kenntniß des Eigenthümers kommt;[14] die dem Nießbraucher bereits erwachsenen Verpflichtungen hebt sie nicht auf.

6. Der gesetzliche Nießbrauch erlischt in Folge des Aufhörens des Verhältnisses, auf welches er sich gründet, z. B. der Nießbrauch des Ehemannes durch Trennung der Ehe.

7. Nach Landrecht giebt es nicht, wie bei den Römern,[15] eine besondere Art der Beendigung des Nießbrauchs und der Grundgerechtigkeiten durch Nichtgebrauch. Vielmehr treten die gewöhnlichen Grundsätze der erlöschenden Verjährung ein[16]. —

Der Nießbrauch kann an einem körperlichen Theile der dienenden Sache, ferner auch bloß zu einem ideellen Theile erlöschen, wie entstehen. Er ist somit ein theilbares Recht.[17]

A. Nießbrauch an körperlichen Sachen.

§ 281. Nutzungsrecht des Nießbrauchers.

Das Nutzungsrecht des Nießbrauchers umfaßt die Nießbrauchsache und deren Zubehör.[1] Es betrifft einmal das bei Beginn des Nießbrauches

---

11) Ein Nießbrauch, welcher Jemandem an einem See behufs Befischung desselben zugewendet wird, besteht auch nach Landrecht nach dessen Ablassung nicht an den gewonnenen Ackergrundstücken. l. 10 § 3 D. q. m. u. a. 7, 4 Aber Abbrennen eines Hauses hebt den Nießbrauch nicht, wie nach römischem Recht, auf.

12) Auch durch die Verwandlung einer Sache in eine öffentliche erlischt der Nießbrauch, sofern er deren neuer Bestimmung hinderlich ist, dagegen geht er auf das etwaige Surrogat über, vgl. oben § 187 bei Zff. 2. Insbesondere erhält der Nießbraucher im Fall der Enteignung der Nießbrauchsache gegen eine Geldsumme das Recht auf deren Zinsgenuß, sofern sie nicht in das Restgrundstück verwendet wird L. R. I, 21 § 34. Anders beim Pächter vgl. unten Bd. 2 § 173 Anm. 34.

13) Vgl. L. R. I, 21 § 184 und oben § 274 Anm. 7. l. 57 pr. D. de usufructu 7, 1. Nicht anwendbar wäre l. 17 D. q. m. u. a. 7, 4. — Vgl. noch unten § 282 a. E.

14) L. R. I, 21 § 181. Der Nießbraucher, welchem für Verbindlichkeiten der Nießbrauch als Vergütung eingeräumt ist, befreit sich durch dessen Aufgabe von solchen Pflichten nicht. L. R. I, 21 § 183.

15) § 3 J. de usufructu 2, 4.

16) Daß die Zufügung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung, welche dem Nießbrauche eine kürzere Frist stecken, als die Lebensdauer des Nießbrauchers, zulässig ist, bedarf keiner Hervorhebung. Besondere Auslegungsregeln für hierhergehörige Verfügungen giebt l. 12 C. de usufructu 3, 33. Ueber die Anwendbarkeit derselben im preußischen Rechte vgl. Pegert, Erklärung der l. 12 C. de usufructu, Pasewalk 1859.

17) l. 25 D. q. m. u. a. 7, 4.

Vorhandene, dann das während seines Bestehens zum Ersatz des Abgängigen Angeschaffte, endlich auch, was der Nießbrauchsache nach Rechtssatz hinzutrat.[2]

Der Nießbraucher hat Recht auf Gebrauch[3] und Nutzungen[4] der Nießbrauchsache.

1. Demnach fallen ihm die Früchte im engeren Sinne zu, nicht wie in Rom erst durch Perception,[5] sondern mit ihrem Hervortreten.[6] Nicht minder kommen in sein Eigenthum Milch, Wolle, Dünger, Junge der im Nießbrauch stehenden Thiere,[7] Honig und Wachs der Bienen, ferner Genuß der Jagd und Fischerei,[8] wie er dem Eigenthümer zusteht. Nicht minder gehören zur Nutzung die bürgerlichen Früchte, welche während der Nießbrauchszeit fällig werden, z. B. von Renten oder Zehnten, welche an die Nießbrauchsache geknüpft sind.[9] Auch zur Erhebung der während der Nießbrauchzeit fällig werdenden Pacht- und Miethzinse ist daher der Nießbraucher berechtigt, wogegen er das Recht des Miethers und Pächters anzuerkennen hat. Zur Sicherung der Ansprüche des Nießbrauchers auf Leistungen Dritter ist freilich eine Bekanntmachung an die Pflichtigen erforderlich, da dieselben andernfalls, wenn sie in gutem Glauben sind, dem Eigenthümer mit der Wirkung der Befreiung zahlen können.[10] [11]

---

1) L. R. I, 21 §§ 24. 40 ff. l. 15 § 6. l. 9 § 7 D. de usufructu 7, 1. Auch zubehörige subjektiv dingliche Rechte, z. B. Fischereirechte, reale Gewerberechte, sind dem Nießbrauch an der Hauptsache unterworfen.

2) Der Nießbrauch am Ufergrundstück erstreckt sich auf dessen allmählige Anschwemmungen, nicht aber auf die Insel, welche der Eigenthümer nach Uferrecht in Besitz nimmt. Vgl. l. 9 § 4 D. de usufr. 7, 1. Ebensowenig gewährt der Nießbrauch ein Recht auf die Hälfte des Schatzes, welche dem Eigenthümer zufällt. — Er erfaßt Bauten auf dem Nießbrauchgrundstücke. Dagegen bezieht er sich an sich nicht auf Grundstück, welche der Eigenthümer freiwillig der Nießbrauchsache als Zubehör im Grundbuche zuschreiben läßt, da die Absicht, dieselben mit der Hauptsache zu einer Einheit zu verbinden, nach allgemeinen Grundsätzen nur für die Zukunft Wirkungen äußert. Die Bestimmung des E. E. Gesetzes § 32, wonach die einem Grundstücke nach Eintragung der Hypothek oder Grundschuld als Zubehör zugeschriebenen Grundstücke in dessen Pfandverbindlichkeit eintreten, ist eine besondere, welche auf dingliche Rechte anderer Art, insbesondere den Nießbrauch, keine Anwendung findet.

3) l. 42 pr. D. de usufr. 7, 1. l. 12 § 1 D. eod.

4) L. R. I, 21 § 23.

5) Vgl. l. 12 § 5 D. de usufr. 7, 1.

6) L. R. I, 9 § 221. Siehe oben § 279 Anm. 3.

7) Beim Nießbrauch an einzelnen Thieren gehört Fell und Horn des gefallenen Thieres dem Eigenthümer des Thieres, l. 30 D. q. m. u. a. 7, 4, beim Nießbrauch an einer Heerde dem Nutznießer. Vgl. auch § 283 Anm. 8.

8) l. 9 § D. de usufr. 7, 1.

9) Vgl. über gemeines Recht Wächter Erört. Heft 1 S. 75 ff.

10) Dies ändert sich nicht, wenn der Nießbrauch im Grundbuche eingetragen ist; denn es sind die Regeln der Cession von Forderungen anzuwenden.

11) Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes war der Nießbraucher an den Pacht- oder Miethvertrag, welchen der Eigenthümer abgeschlossen hatte, an sich nicht gebunden, und umgekehrt auch nicht zur Erhebung des Miethzinses berechtigt. Wächter

Von natürlichen Früchten des ersten Jahres erwirbt der Nießbraucher zu Eigenthum diejenigen, welche bei Eintritt des Nießbrauchrechtes noch nicht von der Hauptsache abgesondert waren, von bürgerlichen die während des Nießbrauches fälligen.[12] Ob aber eine Berechnung mit dem Eigenthümer und eine regelmäßige Vertheilung des Gesammtertrages des ersten Jahres einzutreten hat, wie solche für das letzte Nießbrauchsjahr vom Landrecht angeordnet ist, kann zweifelhaft sein. Die überwiegende Meinung der Schriftsteller geht auf analoge Anwendung dieser Bestimmungen,[13] die Praxis ist derselben aber mit Recht nicht geneigt.

2. Das Nutzungsrecht des Nießbrauchers hat seine Schranke in der Antastung der Substanz. Wo liegt die Grenze? Mit Unrecht sehen Manche das Merkmal in der Möglichkeit physischer Erneuerung des Weggenommenen. Entscheidend ist vielmehr, was den regelmäßigen wirthschaftlichen Ertrag der fraglichen Sache, also deren Frucht, bildet.[14] Dabei kommt auch in Betracht, welche Bestimmung der Eigenthümer der Sache gegeben hatte.[15] Verringerungen, welche bei einer gewöhnlichen Verwaltung sich nach dem ordentlichen Laufe der Natur binnen Kurzem wieder ersetzen, bilden keinen Substanzverlust und können daher zu Nutzungen des Nießbrauchers werden.[16]

a) In welchem Maße kann hiernach der Nießbraucher Bodenbestandtheile aus dem Nießbrauchgrundstücke, z. B. Steine, Kalk, Humus, Torf, Ziegelerde, für sich gewinnen?[17] Hat bereits der Grundeigenthümer das Grundstück für deren stetige Ausbeutung bestimmt, so ist der Nießbraucher zur Fortsetzung berechtigt. Neu einrichten oder erweitern darf der Nießbraucher solchen Betrieb regelmäßig dann, wenn sich dadurch der Kapitalwerth des Grundstückes nicht mindert.[18] [19] Zum Bedürfniß des Grundstückes selbst ist

---

Erört. Heft 1 S. 72. Indessen pflegte der römische Erblasser, welcher einen Nießbrauch vermachte, die an der Nießbrauchsache bestehende Miethe vorzubehalten, indem sonst der Erbe wegen Nichtaushaltung der Miethe dem Miether entschädigungspflichtig geworden wäre. In einem solchen Vorbehalt lag ein doppeltes Vermächtniß, eines zu Gunsten des Miethers und zu Lasten des Nießbrauchers, vermöge dessen dieser den Miether in der Miethe belassen mußte, und ein zweites zu Gunsten des Nießbrauchers, wodurch derselbe ein Recht auf die Miethzinsen erhielt. l. 59 § 1 D. de usufr. 7, 1; vgl. § 44 Fragm. Vat., wo das „pure relicto" als etwas Ausnahmsweises erscheint.

12) L. R. I, 21 § 29.

13) Koch Kommentar zu § 29 a. a. O.

14) Vgl. oben § 234 z. U. und Dernburg Pand. Bd. 1 § 78. Einen vorzugsweise subjektiven Maßstab legt an Keil, über das Dispositionsrecht des Nießbrauchers im Archiv f. c. Pr. Bd. 35 S. 391, — welcher als Grundsatz aufstellt, daß der Nießbraucher den Nießbrauch nur im Sinne des Eigenthümers ausüben könne.

15) l. 9 § 7 D. de usufr. 7, 1.

16) So ist L. R. I, 21 § 31 zu verstehen.

17) Vgl. H. Graeff Zeitschr. für Bergrecht Bd. 1 S. 579. Schröder Archiv f. c. Pr. Bd. 49 S. 370 ff. S. 385 ff.

er stets zur Entnahme jener Stoffe berechtigt.[20] Finden sich in dem Nießbrauchgrundstücke verleihbare bergmännische Mineralien, so kann sie der Nießbraucher, wie jeder Dritte, muthen. Er wird dann Eigenthümer des Bergwerkes, so daß er zu dessen Ueberlassung an den Grundeigenthümer bei Endigung des Nießbrauches nicht verpflichtet ist. Legt andererseits der Bodeneigenthümer während der Nießbrauchszeit auf die in seinem Grundstücke befindliche Lagerstätte eine Muthung ein, so hat auch der Nießbraucher ihm gegenüber keine größeren Rechte, als gegen jeden dritten Muther.

b) Besondere Rechtsregeln gelten für den Nießbrauch an verliehenen Bergwerken. Der Nießbraucher erhält nur die Zinsen der von demselben aufkommenden Ausbeute, wogegen dem Eigenthümer auch die Leistung etwaiger Zubußen obliegt.[21] Dies um deswillen, weil die Substanz des

---

18) Vgl. § 283 Anm. 4, aus dem römischen Recht l. 9 § 2. l. 13 §§ 5. 6 D. de usufr. 7, 1. l. 8 D. sol. matr. 24, 3. l. 18 pr. D. de fundo dotali 23, 5, endlich l. 7 § 13 D. sol. matr. 24, 3: marmor, quod caesum neque exportatum, est mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur. — Daß, wie der Schluß besagt, der gehauene Marmor nicht Frucht sei, scheint dem Gedankengange der Stelle schnurstracks zu widersprechen. Denn warum anders ist der Ehemann befugt, ihn für sich zu gewinnen? Dem Schlußsatze ist wohl specielle Beziehung zu geben auf die nächstliegende Frage des Ersatzes der Anlagekosten. Die Anlage ist — dies wird die Meinung Ulpians sein — doch nur eine spekulative, keine auf eigentlichen Fruchterwerb gerichtete, darum kann der Ersatz der Anlagekosten nicht beansprucht werden. Uebrigens giebt es, — dies sei gegen Eccius Zweifel Bd. 3 § 186 Anm. 21 bemerkt, — wie mir seinerzeit Bunsen in Heidelberg mittheilte, Steine, die wachsen, indem sie sich Bestandtheile aus der Luft assimiliren.

19) Die Entscheidungen des O. Trib. sind nicht übereinstimmend. Am entschiedensten spricht sich aus Präjudiz n. 997: Die wirthschaftliche Benutzung einer Wiese zum Torfstechen ist dem Erbpächter sowohl nach landrechtlichen, als gemeinrechtlichen Vorschriften gestattet. Dagegen Striethorst Archiv Bd. 49 S. 45, und wieder Bd. 65 S. 238 ff. Einzelne Steine, durch deren Fortnahme das Grundstück keine Werthverminderung erfährt, spricht dem Nießbraucher zu R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 467.

20) L. R. I, 21 § 40. l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

21) L. R. I, 21 §§ 37. 38. Dem Gesetzgeber schwebt der Fall des Nießbrauches an einem Grundstück vor, auf welchem von Dritten Bergbau der Art betrieben wird, daß dem Grundeigenthümer Antheil — in Folge von Freikuxen, Tradde oder Mitbaurecht zur Hälfte, oben § 271 Anm. 7 und bei Ziffer 1 — zusteht. Das Gesetz wendet dem Nießbraucher dann nicht die Ausbeute, sondern nur die Zinsen der Ausbeute zu. Was es für den Fall bestimmt, in welchem der Nießbrauch ein Recht aus dem Bergbau nur als Zubehör des Nießbrauchgrundstücks ergreift, muß sicher auch für den Fall gelten, in welchem der Nießbrauch an dem Bergwerke selbständig besteht. Ein Grund für eine verschiedene Behandlung ist nicht aufzufinden. So das Obertribunal Entsch. Bd. 12 S. 463. Striethorst Archiv Bd. 29 S. 36, Bd. 73 S. 190, auch Förster Bd. 3 § 186. Wenn jetzt Eccius gegen Förster a. a. O. Anm. 19 mit Bornemann Bd. 4 S. 271, Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 82 ff. die gegentheilige Ansicht ausführt, weil der Wortlaut von §§ 37 und 38 zu dieser Ausdehnung nicht nöthige, und die wirthschaftliche Erwägung, welche die Erzeugnisse des Bergbaues als Frucht des Bergbaues ansehe, dagegen spreche, so ist zu erwidern, daß der Gesetzgeber beim Nießbrauch an Bergwerken, wie sich aus der von ihm getroffenen Entscheidung ergiebt, von dieser wirthschaftlichen Erwägung nicht ausgeht. Bei der Hypothek treten andere Gesichtspunkte ein, vgl. unten § 329 Anm. 15. Auch das ältere sächsische Recht sprach dem Nießbraucher des Bergwerkes nur die Zinsen der Ausbeute zu. Cod.

Bergwerkes in das Recht zur Gewinnung der Ausbeute gesetzt wird, mit deren Erschöpfung es erlischt.[22]

c) Wie weit gebührt dem Nießbraucher der Holzertrag des Nießbrauchgrundstückes?[23] Er hat das Recht auf dessen Gewinnung bei Grundstücken, welche zu regelmäßiger Holzzucht bestimmt waren, jedoch unter Schonung der Nachhaltigkeit der Produktion; daher steht ihm das Abholzungsrecht bei Nieder- oder Ausschlageholz unbedingt,[24] bei Nutzwaldungen anderer Art nach forstmäßigen Grundsätzen zu. Außerordentlicher Holzertrag, z. B. in Folge von Windbrüchen, Raupenfraß, in Anlaß einer Rodung, gehört zwar zur Substanz, soweit er gewöhnliche Forstnutzung überschreitet,[25] doch ist er entweder zur Verbesserung des Grundstückes anzuwenden oder für den Nießbraucher zinsbar anzulegen.[26] Einzelne auf Nichtholzgrundstücken stehende Bäume darf der Nießbraucher nicht für sich schlagen.[27] Ihm kommt nur deren regelmäßig abgängiges Holz zu, also dürre Aeste, absterbende Bäume.[28]

3. Die an ein Nießbrauchgrundstück geknüpften Ehrenrechte — z. B. Patronat — verbleiben, da sie keine Nutzungen bilden, an sich dem Grundeigenthümer, wogegen er die mit den Rechten verbundenen Lasten zu tragen hat. Will er dies nicht, so muß er die Ausübung jener Rechte mit den an sie geknüpften Lasten dem Nießbraucher überlassen.[29]

§ 282. Andere Rechte des Nießbrauchers.

Mit dem Nutzungsrechte des Nießbrauchers ist nothwendig verbunden eine gewisse Verwaltung der Nießbrauchsache, deren Schranke auch hier in dem Recht des Eigenthümers auf die Substanz liegt.

Aug. von 1572 p. III. const. 25. Anders neuere Gesetzgebungen: code civ. art. 598, östr. b. G. § 511. Sächs. Civilg. § 609.

22) So rechtfertigt die Bestimmung — dem Sinne nach — Suarez in den Schlußvorträgen, Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 62. Vgl. unten § 329 Anm. 15.

23) L. R. I, 21 § 32 ff. Vgl. Pfeil in Gans Beiträgen S. 314 ff. Ueber das römische Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 247.

24) l. 48 § 1 D. de usufr. 7, 1.

25) Vgl. L. R. I, 21 § 33. Gruchot Beiträge Bd. 7 S. 547. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 973. l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

26) L. R. I, 21 § 34. Dieser Satz ist dem römischem Rechte fremd, nach dessen allgemeinen Grundsätzen das Surrogat überhaupt nicht an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes tritt. Vgl. oben § 187 z. Anf.

27) L. R. I, 21 §§ 35. 36. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 9 S. 264. Kann der Nießbraucher wegen Unterschlagung bestraft werden, wenn er sich dergleichen Bäume aneignet? Ohne Zweifel, vorausgesetzt, daß er das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung hatte.

28) l. 18 D. de usufr. 7, 1.

29) L. R. I, 21 §§ 45. 46.

1. Der Nießbraucher hat unvollständigen Besitz der Nießbrauchsache sowie ihres Zubehörs und demzufolge Besitzesklagen.[1] Er hat ferner im Fall von Störungen oder Bedrohungen seines Nießbrauchrechts die konfessorische Klage gegen den Eigenthümer, wie gegen Dritte.[2]

2. Im Gegensatz zum römischen Rechte[3] ist der Nießbraucher befugt, der Nießbrauchsache zum Besten des Eigenthümers Dienstbarkeiten und andere Rechte zu erwerben;[4] Lasten dagegen kann er der Sache nicht auflegen.

3. Nach römischem Rechte konnte der Nießbraucher wegen Verwendungen auf die Nießbrauchsache vom Eigenthümer Ersatz fordern, wie jeder Dritte, welcher ohne Auftrag fremde Geschäfte führte.[5] Es war also vorausgesetzt, daß die Auslagen, um welche es sich handelte, dem Nießbraucher nicht oblagen, daß sie zum Nutzen des Eigenthümers unternommen, und daß sie nicht gegen Verbot geschehen waren.

Nach Landrecht sind die Rechte des Nießbrauchers wegen Verwendungen, zu denen er nicht verpflichtet war, ausgedehnter. Zwar ist seine Ersatzforderung abhängig von der Einwilligung des Eigenthümers, welche schriftlich sein muß.[6] Bei deren Verweigerung kann er aber zu nothwendigen Verwendungen, insbesondere behufs Wiederherstellung der zur Be-

1) L. R. I, 7 § 169 ff. Vgl. auch oben § 149 bei Anm. 13 und § 281 Anm. 1. Das römische Recht erkannte dem Nießbraucher bekanntlich iuris possessio und damit die possessorischen Interdikte zu. l. 6 § 2 D. de precario 43, 26. l. 60 pr. D. de usufructu 7, 1. l. 4 D. u. p. 43, 17. l. 3 § 13 ff. D. de vi 43, 16. Vgl. oben § 160 Anm. 2, § 149 bei Anm. 13.

2) Oben § 277 bei Anm. 8 und 11, vgl. l. 5 D. si ususfr. pet. 7, 6. — Vgl. auch l. 17 § 3 D. de ususfr. 7, 1.

3) l. 15 § 8 D. de usufr. 7, 1: fructuarius adquirere fundo servitutem non potest, retinere potest.

4) L. R. I, 21 § 98. Solcher Erwerb ist nicht bloß durch Verjährung, sondern auch in anderer Weise, insbesondere durch Vertrag möglich. Dies schon wegen Gleichheit des Grundes. Zwar wendet man ein, daß das Marginale bei § 91 „von der Verjährung" noch den § 98 äußerlich mitbegreift, allein dies genügt nicht zur einschränkenden Auslegung einer Vorschrift, welche allgemein lautet, vgl. oben § 10 bei Anm. 3. — Der Nießbraucher erwirbt in Folge gesetzlicher Vollmacht dem Eigenthümer selbst gegen dessen Willen. Jedoch kann er keine Servituten für das Nießbrauchgrundstück an Grundstücken des Eigenthümers ersitzen, nach dem Grundsatze res sua nemini servit, § 274 bei Anm. 7.

5) Vgl. l. 7 §§ 2. 3 D. de usufr. 7, 1. l. 7 C. eod. 3, 33.

6) Die Einwilligung bildet im Grunde die Anerkennung des Bedürfnißfalles. Daher genügt zur Begründung des Ersatzanspruches schriftliche Einwilligung zu den Verwendungen; nicht erforderlich ist besondere Uebernahme der Verpflichtung zum Ersatz, da dieselbe schon in jener Einwilligung der Regel nach zu sehen ist. Manche sind anderer Ansicht wegen L. R. I, 21 § 49, wo die Vergütung der Hauptreparaturen daran geknüpft ist, daß sich der Eigenthümer zu derselben durch gültigen Vertrag anheischig machte. Aber damit ist keine ausdrückliche Uebernahme der Verpflichtung gefordert. In L. R. I, 21 § 124 ist von „schriftlicher" Einwilligung, L. R. I, 21 § 56 von Einwilligung die Rede. Wir sehen hierin nur verschiedene Ausdrucksweisen, Schriftlichkeit ist daher in beiden Fällen nothwendig. Vgl. jedoch Entsch. des O. Trib. Bd. 47 S. 185.

wohnung oder Bewirthschaftung der Nießbrauchsache unentbehrlichen Gebäude,[7] desgleichen zu Verbesserungen, wenn zu denselben die Landesgesetze aufgefordert hatten, richterliche Ergänzung der Einwilligung fordern.[8] Auslagen zu planmäßiger Vollendung angefangener Nutzbauten sind dem Nießbraucher auch dann zu ersetzen, wenn er sie ohne Einwilligung des Eigenthümers vornahm.[9] Soweit Einwilligung des Eigenthümers oder deren richterliche Ergänzung vom Gesetze verlangt wird, ist sie vor Inangriffnahme der Verwendung einzuholen. Auszahlung der Vergütung kann erst nach Beendigung des Nutzungsrechtes beansprucht werden; statt der Zinsen der Auslage hat der Nießbraucher die Nutzung der Verwendung.[10]

Zweifelhaft ist, ob die Ansprüche des Nießbrauchers wegen Verwendungen dinglicher Natur sind, so daß sie, auch wenn ihr Ergebniß nicht mehr vorhanden ist, gegenüber Sondernachfolgern des einwilligenden Eigenthümers geltend gemacht werden können? Dies ist anzunehmen. Es handelt sich um Ausflüsse des Nießbrauchsrechtes, durch welche — abweichend vom römischen und gemeinen Recht — dem Grundbesitzer als solchem eine Leistung auferlegt wird.[11] — Wegen Verwendungen, für welche ihm kein Ersatz geleistet wird, hat der Nießbraucher das Recht der Wegnahme, falls sich der frühere Zustand wieder herstellen läßt.[12]

4. Wie nach entwickeltem römischem Rechte, so galt auch nach Landrecht zwar nicht der Nießbrauch selbst, wohl aber dessen Ausübung als übertragbar.[13] Diese Uebertragung kann entgeltlich, z. B. durch Verkauf, Ver-

7) L. R. I, 21 § 58 ff. Die Römer nahmen dagegen an, si qua vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. So l. 7 § 2 D. de ususfr. 7, 1.

8) L. R. I, 21 § 128 in Verbindung mit I, 18 § 238. Die Kosten von Verbesserungen, die gesetzlich angeordnet wurden, welche gleichfalls dort erwähnt werden, sind nothwendige.

9) L. R. I, 21 § 61. Dagegen bestimmte l. 61 D. de usufr. 7, 1: aedificium inchoatum fructuarium consummare non posse. Ueber Luxusbauten vgl. § 63 L. R. I, 21.

10) L. R. I, 21 § 62. Für eigene Bemühung und für Dienste der zum Gute gehörenden Dienstleute, welche nicht besonders bezahlt werden mußten, kann der Nießbraucher nichts berechnen, für Materialien aus dem Gute nur, wenn sich durch deren Vernutzung sein Einkommen verminderte. So sind wohl L. R. I, 21 §§ 60. 126. 127 zu vereinigen.

11) Anders unsere früheren Auflagen, welche nur Rückhaltung zugestehen wollten. Nimmt man an, daß es sich um Ausflüsse des Nießbrauchrechtes selbst handle, so können die bezüglichen Ansprüche auch im Fall einer Zwangsversteigerung des Grundstücks geltend gemacht werden.

12) L. R. I, 21 §§ 130. 131. Auch das Wegnahmerecht ist dinglich, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1003.

13) L. R. I, 21 § 110. l. 66 D. de jure dotium 23, 3: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Ueber die verschiedenen Ansichten gemeinrechtlicher Juristen vgl. Vangerow Bd. 1 § 344 Anm. 3.

pachtung, oder unentgeltlich geschehen. Durch Ueberlassung des Besitzes, und bei Grundstücken durch Eintragung im Grundbuche erhält das Recht des Erwerbers dingliche Kraft.[14] Wie freiwillige, so ist auch gerichtliche Ueberweisung möglich, so daß die Gläubiger des Nießbrauchers die Ausübung des Nießbrauches durch einen Sequester für sich in Anspruch nehmen können. Zwangsversteigerung der Ausübung des Rechtes ist aber nicht zuläßig.[15]

Da die Abtretung nur die Ausübung, nicht das Recht selbst überträgt, so entbindet sie den Nießbraucher nicht von seinen dem Nießbrauchrechte entspringenden Verpflichtungen gegen den Eigenthümer. Aber auch der Erwerber übernimmt diese Pflichten, wie wenn er Nießbraucher wäre, daneben solidarisch. Außerdem kann er vom Nießbraucher zur Erfüllung derselben angehalten werden.

Grundsätzlich ist die Beendigung des Nießbrauches nach der Person des Abtretenden zu beurtheilen. Insbesondere gilt dies für Erlöschen durch Tod. Das Recht zur freiwilligen Entsagung aber hat der Cedent mit der Abtretung aufgegeben.[16] Selbst die Konsolidation in seiner Person kann ihm das Recht nicht geben, seinem Cessionar die Nutzung zu entziehen.

§ 283. Verpflichtungen des Nießbrauchers.

Erhaltung der Unversehrtheit der Substanz, wie sie durch die Zwecke des Nießbrauchrechtes bedingt wird, ist nur durch Auflage persönlicher, hierauf abzielender Verbindlichkeiten des Nießbrauchers vollständig zu verwirklichen. In Rom übernahm der Nießbraucher die Verpflichtung, die Sache als guter Wirth zu behandeln und unversehrt zurückzugeben, mittels besonderer durch Bürgen versicherter Kaution, zu deren Leistung ihn die Androhung der Versagung des Genusses nöthigte. Im heutigen Rechte hingegen knüpfen sich die Verpflichtungen des Nießbrauchers als gesetzliche unmittelbar an das Nießbrauchrecht. Nach preußischem Rechte insbesondere liegt, wenigstens für die Regel, dem Nießbraucher Sicherheitsstellung nicht mehr ob, sie tritt nur im Falle gerechtfertigter Besorgniß eines Mißbrauches oder einer Vernachlässigung der Nießbrauchsache ein.[1] [2]

---

14) Schon nach römischem Rechte erhielt dasselbe dingliche Wirksamkeit. l. 11 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 486.

15) R. C. P. O. § 754 Abs. 3 und 4, R. K. O. § 1 Abs. 2.

16) Vgl. l. 11 § 9 D. de pign. 20, 1. Doch ist es für den Erwerber räthlich, die Abtretung im Grundbuch eintragen zu lassen. A ist als Nießbraucher eingetragen und tritt sein Recht dem B ab, welcher nicht eingetragen wird. Entsagt A und läßt löschen, so wird damit das Recht des B gegenüber redlichen entgeltlichen Dritten hinfällig. — Oben § 280 bei Ziff. 5.

1) Dernburg Pand. Bd. 1. § 248.

2) L. R. I. 21 §§ 19. 20, vgl. unten Anm. 11. Steht die Sache im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer im Bedürfnißfalle Sicherheit fordern, oben § 223

Die Verpflichtungen des Nießbrauchers im Einzelnen sind:

1. Der Nießbraucher ist verantwortlich für Verschlechterungen der Sache, sofern ihm hierbei mäßige[3] Verschuldung zur Last fällt. Auch dauernde Aenderungen sind ihm untersagt, wenn sie mit der wesentlichen Bestimmung der Sache oder auch mit den Interessen des Eigenthümers unvereinbar sind.[4]

2. Zu den Obliegenheiten des Nießbrauchers gehört Sorgfalt eines ordentlichen Hauswirthes und Aufwendung der gewöhnlichen Kosten zur Erhaltung der Nießbrauchsache in dem Stande, in welchem er sie empfing.[5] [6] Der Nießbraucher hat also Deiche herzustellen, Gräben aus-

---

bei Ziff. 3. Der Anspruch ist ein persönlicher, welcher also im Falle einer Veräußerung der Sache auf den Erwerber derselben ohne Abtretung nicht übergeht. l. 3 § 4 D. usufr. quemadmodum 7, 9.

3) L. R. I, 21 § 16. Es gilt dies von Nutzungsrechten überhaupt, wenn sie aus letztem Willen oder Gesetz entspringen. Bei vertragsmäßigem Nießbrauch entscheidet die Art des Vertrages. Nach § 16 a. a. O. ist L. R. I, 21 § 132 zu erklären. Anders Koch zu dieser Stelle. Der römische Nießbraucher haftete für omnis culpa. l. 65 pr. D. de usufr. 7, 1.

4) L. R. I, 21 § 25 ff. bestimmt, der Nießbraucher dürfe ohne Einwilligung des Eigenthümers selbst einzelne Theile der Substanz in eine ganz verschiedene Form nicht umändern. Welche Aenderungen hiernach dem Nießbraucher gestattet sind, ergeben die im Text entwickelten Grundsätze. Die römischen Entscheidungen wurzeln zum Theil in socialen Verhältnissen, welche von heutigen verschieden sind. So wird in l. 13 §§ 7. 8 D. de usufr. 7, 1 dem Nießbraucher eines Gebäudes die Aufsetzung eines Stockwerkes, ja selbst eine Veränderung der Zimmerräume verboten. Dabei ist vorzugsweise an Gebäude gedacht, welche Familienstammsitze waren und daher weder veräußert noch vermiethet zu werden pflegten, so daß die unveränderte Eintheilung der Räume in den Affektionsinteressen der Familie lag. Auf moderne Miethsund Spekulationshäuser ist dies nicht unbedingt anzuwenden. — Nicht berechtigt ist der Pfarrer — vgl. § 279 Anm. 7 —, die zu den Pfarrgütern gehörigen Wirthschaftsgebäude in Wohnstuben zu verwandeln, wenn er etwa die Pfarräcker verpachtet hat. Ob der Nießbraucher Wälder roden, Weinberge in Fruchtäcker verwandeln, Steinbrüche eröffnen kann, was l. 13 § 5 D. de usufr. 7, 1 gestattet, wird von den Umständen des Falles abhängen, so daß dies weder mit Koch, Privatrecht Bd. 1 § 321 einfach für den Fall des Nutzens zu bejahen, noch mit Bornemann 1. Aufl. Bd. 4 S. 418 schlechthin zu verneinen ist. — Siehe auch bei Anm. 11.

5) L. R. I, 21 § 12. Dies bezieht sich nicht bloß auf Nothwendiges, sondern auch auf die Erhaltung von Luxusanlagen, l. 7 § 3 D. h. t. 7, 1. Auch durch Zufall, z. B. Hagelschlag, Beschädigtes ist wieder in Stand zu setzen, immer aber nur, soweit es sich um die laufende Unterhaltung handelt.

6) Ist der Nießbraucher verpflichtet, die Gebäude gegen Feuersgefahr zu versichern? Es ist Sache des Eigenthümers, Versicherung zu nehmen, der Nießbraucher ist ihm daher nicht verantwortlich, wenn er seinerseits nicht vorgesorgt hat. Der Eigenthümer hat die Versicherungsprämien selbst zu leisten. Aber er kann deren Ersatz vom Nießbraucher fordern, da die Versicherungsprämie im wirthschaftlichen Sinne Last der Nutzungen ist. Dagegen ist er dem Nießbraucher auch verpflichtet, Brandentschädigungsgelder zur Wiederherstellung des Nießbrauchgebäudes zu verwenden. — Bei Zwangsversicherungen, welche in manchen Kommunalverbänden bestehen, werden die Prämien im Wege der Zwangsvollstreckung von denjenigen beigetrieben, die auf dem Grundstück sitzen; hier hat die Prämie die Natur der Reallast,

zuschlämmen, den Düngungszustand zu erhalten, auch die Ergänzung der Zubehörungen,[7] z. B. einer Heerde,[8] die Nachpflanzung von Weinstöcken, Obstbäumen vorzunehmen.[9] Insbesondere hat der Nießbraucher bei Gebäuden während der Nießbrauchszeit nothwendig werdende mäßige Reparaturen, nicht aber Hauptreparaturen vorzunehmen. Ueber die Frage, was zur einen oder anderen Klasse gehört, entscheidet nicht, wie nach römischem Rechte, freies richterliches Ermessen, vielmehr bestimmt das Gesetz als Hauptreparaturen solche, deren Kosten ein Viertel der Nutzung des Jahres, in denen sie nothwendig wurden, übersteigen.[10]

Der Eigenthümer kann bei unwirthschaftlicher Behandlung der Nießbrauchsache, durch welche deren Werth im Ganzen gemindert wird, sowie wegen unerlaubter Veränderungen auf Sicherheitsstellung dringen, auch richterliche Maßnahmen zur Einschränkung des Nießbrauchers, äußerstenfalles Zwangsverwaltung fordern.[11]

---

die Brandentschädigungssumme die eines Surrogates der versicherten Sache. — Versichert der Nießbraucher freiwillig, so kann dies geschehen, um sein eigenes Interesse an der Sache zu versichern; dann fällt ihm die Versicherungssumme als freies Eigenthum zu, da sie nur Ersatz seines Nutzungsrechtes ist. Hat er aber die Sache versichert, so konnte er dies nur als gesetzlicher Stellvertreter des Eigenthümers und ist daher — trotz des O. Trib., Striethorst Archiv Bd. 12 S. 67, auch Förster Bd. 3 § 186 Anm. 67, — nicht berechtigt, über die Brandentschädigungsgelder ohne Zustimmung des Gebäudeeigenthümers zu verfügen. Vgl. Eccius gegen Förster a. a. O., ferner R. G. Bd. 5 S. 317, Koch Komment. zu L. R. I, 21 § 50.

7) L. R. I, 21 §§ 68. 69. Für die Regel ist unbegründet, was bei Hymmen Bd. 7 S. 89 angenommen wird, daß die Ergänzung bloß aus dem Naturalertrage der Nießbrauchsache zu geschehen habe, z. B. die der Heerde nur aus deren Jungen, die der Weinstöcke nur aus Ablegern alter Stöcke. Vgl. noch L. R. I, 21 §§ 17. 18.

8) In der römischen Kaiserzeit wurde herrschende Lehre, daß dem Nießbraucher das Eigenthum der Thierjungen einer Heerde nur soweit zufalle, als dieselben nicht zur Ergänzung derselben erforderlich seien, daß dieses Eigenthum also in der Schwebe sei und sich erst nach Ergänzung der Heerde für den Nießbraucher bezüglich des Restes feststelle. Dernburg Pand. Bd. 1 § 247 Anm. 2. In der That sind die Thierjungen nur insoweit dem Nießbraucher gebührende Nutzungen, als sie nicht zur Heerde dienen, vgl. L. R. I, 21 § 30.

9) l. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1.

10) Vgl. L. R. I, 21 §§ 52. 66. Will der Nießbraucher die Hauptreparaturen freiwillig vornehmen, so bedarf er, um sich Ersatz zu wahren, vorgängiger schriftlicher Einwilligung des Eigenthümers oder deren Ergänzung durch das Gericht, oben § 282 Anm. 6 ff. Er hat die Hauptreparaturen ohne Ersatzanspruch auszuführen, wenn er selbst an deren Nothwendigkeit die Schuld trägt. Der Nießbraucher kann die Vornahme der Hauptreparaturen vom Eigenthümer nicht verlangen; darf sich derselben aber auch nicht widersetzen. Nach den Grundsätzen der negotiorum gestio kann der Eigenthümer vom Nießbraucher Verzinsung der für die Hauptreparatur ausgelegten Summen bis zur Beendigung des Nießbrauches beanspruchen.

11) Vgl. L. R. I, 21 §§ 140. 141. Es kommen die Grundsätze über einstweilige richterliche Verfügungen zur Anwendung, R. C. P. O. § 817; vgl. oben § 147. Die Verfügung kann mithin auch auf einseitigen Vortrag des Eigenthümers ergehen.

Er ist befugt, bereits während der Nießbrauchszeit auf Wiederherstellung zu klagen.[12] Um nachträgliche chikanöse Prozesse möglichst abzuschneiden, läßt das Landrecht aber Klagen wegen Verschlechterungen nach Beendigung des Nießbrauches nur bei gewissen,[13] namentlich angeführten Beschädigungen zu.[14]

3. Als auf der Nutzung ruhende Lasten trägt der Nießbraucher, sofern er hiervon nicht besonders, z. B. durch letztwillige Verfügung des Bestellers, entbunden ist, wie nach römischem Rechte, die öffentlichen Abgaben und Leistungen gewöhnlicher und ungewöhnlicher Art.[15] Uebersteigen indessen ungewöhnliche Lasten den Reingewinn, welchen der Nießbraucher während der Nießbrauchszeit zog oder doch bei gehöriger Bewirthschaftung hätte ziehen können, so kann er vom Eigenthümer Erstattung dieses Mehrbetrags fordern.[16] Ferner liegen dem Nießbraucher auch auf privatrechtlichen Titeln beruhende Reallasten und solche persönliche Leistungen des Eigenthümers ob, welche auf die Nutzung der Nießbrauchsache Bezug haben.[17] Ja, der Nießbraucher ist der Regel nach sogar mit Entrichtung der laufenden Zinsen der auf dem Nießbrauchgrundstücke eingetragenen, ihm vorgehenden Hypotheken belastet, indem man die Hypothek, der heutigen wirthschaftlichen Anschauung entsprechend, wie eine Rentenbelastung behandelt.[18]

Ferner ist vorschußweise Berichtigung aufgekündigter oder fällig gewordener, auf dem Nießbrauchgrundstück eingetragener Kapitalien dann

---

12) Suarez in den Schlußvorträgen, Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 99, hebt besonders hervor, daß die Deterioration in das Ganze gehen muß, damit die Bestimmungen der §§ 140. 141 eintreten.

13) Vgl. L. R. I, 21 §§ 134. 135. 136. Die nachträgliche Deteriorationsklage kann sich stützen auf Beschädigungen von Gebäuden, Mühlen, Wasserleitungen, Wegen, Gehegen und Verzäunungen, Dämmen, Teichen, Gräben und Brücken. — Waldverwüstung kommt nach L. R. I, 21 § 137 und I 18 § 564 in Betracht, wenn sie eine Ertragsverminderung mindestens auf 20 Jahre hinaus bewirkt; es hat dann der Eigenthümer nach seiner Wahl das Recht, auf den Werth des unwirthschaftlich verkauften Holzes oder auf den vom Nießbraucher dafür erlösten Preis zu klagen.

14) Die Klage erwirbt, wer zur Zeit der Verschlechterung Eigenthümer der Nießbrauchsache war. Veräußerte er die Nießbrauchsache vor der Klagerhebung, so kann ihm unter Umständen die Einrede des mangelnden Interesses an der Wiederherstellung der Sache entgegentreten. Der Veräußerer kann natürlich seinem Rechtsnachfolger die Deteriorationsklage abtreten.

15) L. R. I, 21 § 87. l. 27 § 3 D. de usufr. 7, 1. l. 52 D. eod.

16) L. R. I, 21 § 88. So auch ältere Juristen. Voet VIII, 1 § 38. Leyser spec. 106 m. 3. Walch. contr. II, 3 § 7. Glück Bd. 9 S. 259. Der Nießbraucher hat über seine Einnahmen Rechnung zu legen; Sache des Eigenthümers ist es, nachzuweisen, daß der Nießbraucher mehr hätte ziehen können, als er nach der Rechnung zog.

17) Vgl. L. R. I, 21 § 80. Die Beziehung wird in zweifelhaften Fällen vermuthet. L. R. I, 21 § 81. — Vgl. auch l. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1 verb. alimenta ab ea re relicta.

18) L. R. I, 21 § 70, vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 248. Daß der Satz nichtrömisch ist, bedarf keiner Ausführung.

Sache des Nießbrauchers, wenn er ihnen nicht vorgeht.[19] In Folge dieser Berichtigung tritt er an die Stelle des befriedigten Gläubigers.[20]

Auch hat der Nießbraucher Recht und Pflicht der Vertretung des Eigenthümers bei Prozessen, welche die Substanz oder das Zubehör der Nießbrauchsache betreffen, und bei denen er ein eigenes Interesse hat. Er hat dem Eigenthümer den Streit zu verkünden. Die Kosten solcher Prozesse liegen ihm zunächst ob. Ersatz derselben erhält er, wenn sein Nießbrauch unentgeltlich ist, erst mit dessen Beendigung, andernfalls gemäß der Grundsätze über Entwährung.[21]

Nur der Eigenthümer, nicht etwa der Gläubiger, kann in der Regel den Nießbraucher klagweise zur Tragung dieser Lasten anhalten,[22] desgleichen Ersatz des Schadens fordern, welcher ihm durch die Verabsäumung des Nießbrauchers erwuchs, z. B. in Folge von Zwangsmaßregeln der nicht befriedigten Gläubiger. Ausnahmsweise hat indessen der Gläubiger einer Zehntberechtigung unmittelbares Klagerecht gegen den Nießbraucher der zehntpflichtigen Sache.[23]

§ 284. Auseinandersetzung nach Beendigung des Nießbrauches.

Mit Beendigung des Nießbrauches erwächst dem Nießbraucher die Pflicht zur Herausgabe des Nießbrauchgegenstandes, wie er sich bei ordnungsmäßigem Gebrauch gestaltet hat, sowie zur Auseinandersetzung mit dem Eigenthümer.

1. Sind bei Einräumung des Nießbrauches beiderseitige Verzeichnisse — s. g. beglaubigte —, Inventarien und Sachbeschreibungen aufgenommen, so bilden sie die Grundlage der Rückgewähr.[1] Dem Nießbraucher bleibt der Regel nach der Nachweis offen, daß Untergang oder Verschlechterung ohne sein Verschulden eingetreten sei.[2] Die im Inventar verzeichneten Stücke — bei Landgütern s. g. Beilaß[2a] — sind indessen ohne Rücksicht auf etwaige Unglücksfälle zu erstatten,[3] woraus geschlossen werden darf, daß an solchen Stücken nur uneigentlicher Nießbrauch besteht, der Nießbraucher also

19) Vgl. L. R. I, 21 § 75 und unten § 287 Anm. 8.

20) L. R. I, 21 § 79. Zur Verpfändung der Substanz, wie § 76 verstattete, ist er nach der jetzigen Grundbuchverfassung nicht befugt, höchstens kann er die Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers hierzu klageweise fordern.

21) L. R. I, 21 § 82 ff.

22) Vgl. Plenarbeschluß des Obertrib. vom 1. März 1847, Entsch. Bd. 14 S. 17 ff.

23) Vgl. oben § 277 bei Anm. 13.

1) L. R. I, 21 § 112 ff., vgl. L. R. I, 2 § 103.

2) Auch der Nachweis eines Irrthums bei der Aufnahme ist nicht ausgeschlossen. Anders Koch zu L. R. I, 21 § 112.

2a) Vgl. unten Bd. 2 § 167 Anm. 8.

3) L. R. I, 21 §§ 121. 111.

Eigenthümer derselben wird.[4] Errichtung von Inventar und Sachbeschreibung kann der Eigenthümer,[5] wie auch der Nießbraucher, der Regel nach auf gemeinschaftliche Kosten, fordern.[6] Mittelbarer Zwang zu deren Aufnahme liegt in ungünstigen Vermuthungen, welche den Nießbraucher im Unterlassungsfalle treffen.[7] Wurde nämlich der Baustand der Gebäude nicht durch genaue Beschreibung festgestellt, so wird guter Zustand bei Antritt des Nießbrauches vermuthet.[8] Ist über die Beilaßstücke kein Inventar errichtet, so tritt die Vermuthung ein, daß der Nießbraucher Alles, was zur vollständigen Benutzung der Nießbrauchsache erforderlich ist, erhalten habe.[9] Hatte jedoch der Besteller des Nießbrauches die Aufnahme eines Inventars und selbst eines Privatverzeichnisses verboten, so hat der Nießbraucher nur die nothdürftig erforderlichen Beilaßstücke zu erstatten, sofern nicht das Vorhandensein von weniger oder mehr dargethan wird.[10] Wegen der Beschaffenheit der zurückzugebenden Stücke besteht, wenn dieselbe nicht aus dem Inventar erhellt, Vermuthung für mittlere Art und Güte.[11]

2. Für die Nutzung des letzten Nießbrauchjahres gilt nicht allgemein der römische Grundsatz, wonach dem Nießbraucher nur gehört und verbleibt,

---

4) So Koch zu L. R. I, 21 § 121, vgl. l. 62 § 1 D. de usufr. 7, 1. Natürlich stehen dem Eigenthümer Sicherheitsmaßregeln im Falle unwirthschaftlicher Veräußerung der Beilaßstücke zu. Denkbar wäre freilich, daß die Beilaßstücke als eisernes Inventar angesehen würden, so daß sie dem Eigenthümer verblieben und doch die Gefahr beim Nutznießer wäre, vgl. Bd. 2 § 167 zu b. Aber ein solches Verhältniß ist, als von der Regel abweichend, nicht zu unterstellen.

5) L. R. I, 21 § 113 spricht dem Eigenthümer diese Befugniß bei der Uebergabe zu, doch ist dies nur beispielsweise, nicht beschränkend hinzugefügt. Auch nachträglich kann also Inventarisirung gefordert werden. Anders O. T. in Striethorst Archiv Bd. 22 S. 1 ff.

6) L. R. I, 21 §§ 114. 115. Beim Nießbrauche an einem gesammten Vermögen soll der Nießbraucher allein die Kosten der Inventarisirung tragen.

7) Vgl. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 1. Gemeinrechtlich streitet man darüber, ob der Eigenthümer Errichtung eines Inventars fordern könne. Seuffert Archiv Bd. 13 n. 105. Die römischen Juristen geben den Parteien nur den Rath, ein Inventar zu errichten, knüpfen aber an die Unterlassung keinen Rechtsnachtheil. l. 1 § 5 D. usufr. quemadmodum 7, 9.

8) L. R. I, 21 § 48. Das Gesetz vermuthet „Ueberlieferung“ in gutem Baustande; bei vorbehaltenem Nießbrauche ist dies entsprechend anzuwenden. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 30. Weiter geht § 67 des Titels. Darnach ist der Nießbraucher, welcher solche Baubeschreibung versäumte, wenn die Gebäude demnächst zu Grunde gingen oder sich Hauptreparaturen — oben § 283 bei Anm. 10 — daran finden, mit dem Beweise ausgeschlossen, daß dieses aus dem schlechten Zustand der Gebäude zur Zeit der Uebernahme herrühre.

9) L. R. I, 21 § 119. Bei dieser Vermuthung wird nicht der Zeitpunkt des Beginnes, sondern der Endigung des Nießbrauches zu Grunde gelegt nach Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 83, da die Ermittelung dessen, was zur Zeit des Beginnes des Nießbrauches erforderlich war, ganz problematisch wäre. Es bildet die Vermuthung aber nur die Grundlage; dem Nießbraucher steht der Beweis offen, daß er weniger empfangen, dem Eigenthümer, daß er mehr überliefert habe.

10) Vgl. L. R. I, 21 §§ 117. 118.

11) L. R. I, 21 § 123.

was er sich während der Nießbrauchszeit angeeignet hat, dem Eigenthümer aber alles Andere zufällt. Denn so einfach dieser Satz ist, so läßt er doch dem Spiel des Zufalles einen kaum zu rechtfertigenden Raum. Vielmehr tritt bezüglich wichtigerer Vermögensbestandtheile verhältnißmäßige Vertheilung der Nutzungen des Fruchtjahres ein, in welcher der Nießbrauch endet.[12]

a) Landgüter,[13] wie einzelne landwirthschaftliche Grundstücke[14] werden demnach bis zu Ende des letzten laufenden Wirthschaftsjahres — vom 1. Juli an gerechnet — für gemeinsame Rechnung verwaltet und zwar in Ermangelung anderer Vereinbarung vom Nießbraucher oder dessen Erben, so daß jedoch der Eigenthümer auf eigene Kosten — was daher nicht leicht geschieht — einen Rechnungsführer beigeben kann.

In Einnahme zu stellen ist der Bruttoertrag des Grundstücks, in Ausgabe das vor Endigung des Nießbrauchs vom Nießbraucher Verzehrte, sowie der wirthschaftliche Unterhalt des Nießbrauchers oder seines Erben, sowie der Familie derselben während der fortgesetzten Verwaltung, ferner Abgaben, Zinsen und Kosten einer ordentlichen gewöhnlichen Fortsetzung der Wirthschaft. Gewisse Vorräthe müssen auf dem Gute verbleiben und gehen gleichfalls vom Bruttoertrag ab.

Der sich hiernach ergebende Reinertrag, wie etwaiger Schade wird nach Verhältniß der vor und nach Endigung des Nießbrauchs verflossenen Zeit des Wirthschaftjahrs zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher oder dessen Erben getheilt.[15]

b) Auch der Jahresertrag nichtlandwirthschaftlicher Grundstücke, Gerechtigkeiten und Kapitalien, welche den Gegenstand des Nießbrauches

---

12) Vgl. L. R. I, 7 § 201. Die Nutzungen früherer Jahre bleiben dem Nießbraucher, auch wenn sie sich noch auf dem Nießbrauchgute finden, L. R. I, 21 § 144. Jedoch bestimmt L. R. I, 21 § 147 ff., daß das Holz, welches zwar in früheren Jahren geschlagen, aber weder verkauft, noch abgeführt ist, dem Eigenthümer unter der Verpflichtung der Erstattung des baaren Arbeitslohnes gehöre und daß Gleiches von Mauer- und Ziegelsteinen, von gebranntem Kalk und anderen zum Nießbrauche gehörenden, vom Nießbraucher in früheren Jahren zubereiteten Erzeugnissen gelte. Diese Bestimmungen sind singulär und lassen sich höchstens für den Fall rechtfertigen, daß jene Erzeugnisse bereits zur Verwendung in die Nießbrauchsache bestimmt waren.

13) Vgl. L. R. I, 21 § 151 ff., § 169. Gruchot Bd. 2 S. 110, Petrazycki die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten S. 237. — Oben § 63 Anm. 5.

14) L. R. I, 21 § 144. Striethorst Archiv Bd. 51 S. 7.

15) Die Erträgnisse während der fortgesetzten Verwaltung stehen im Miteigenthum der Betheiligten, vgl. R. G. Bd. 25 S. 449. Ueber die Berechnung vgl. L. R. I, 21 §§ 166. 167. Nach L. R. I, 7 § 202 steht es dem Eigenthümer frei, dem Besitzer auch die Nutzung des letzten Jahres völlig zu überlassen und sich hierdurch von den Lasten und Ausgaben des Jahres freizumachen. Gegenüber dem Nießbraucher wird ihm das gleiche Recht nicht zugestanden.

bilden, wird vertheilt. Bezüglich dieser Gegenstände wird das Jahr vom 1. Juni an gerechnet und geschieht die Vertheilung der Nutzungen und Lasten nach Vierteljahren, so daß das Vierteljahr, in welchem der Nießbrauch aufhörte, dem Nießbraucher voll und unverkürzt zugerechnet wird.[16]

B. Nießbrauch an Rechten.

§ 285. Nießbrauch an Forderungen.[1]

1. Nießbrauch an Forderungen war den Römern nur als uneigentlicher denkbar, da sie Rechte an Rechten in der Weise von Rechten an körperlichen Sachen nicht anerkannten. Der Nießbraucher erhielt daher die freie Verfügung über die Forderung, insbesondere das Recht zu ihrer Beitreibung und ihrer Weiterbegebung, dagegen war er zur Erstattung ihres Betrages nach Beendigung des Nießbrauches verpflichtet; ihn traf also die Gefahr.

2. Dem neueren Rechte ist geläufig, Forderungen wie Sachen anzusehen, an denen Rechte zulässig sind. Hiernach gilt dem preußischen Rechte Nießbrauch an Kapitalien als eigentlicher.[2] Der Nießbraucher hat daher nur das Recht zur Erhebung der während des Nießbrauchs fälligen Zinsen. Er sichert dies durch Bekanntmachung an den Schuldner. Vom Forderungseigenthümer kann er Aushändigung der Schuldurkunden fordern, um die Zinsklage anzustellen;[3] bestehen Zinsscheine, wie bei Papieren auf den Inhaber, so muß er sich mit deren Ueberlassung begnügen.[4] Ohne Zuziehung des Eigenthümers ist der Nießbraucher zur Kündigung und Eintreibung des Kapitals nicht berechtigt, ebensowenig zur Annahme freiwillig angebotener

---

16) L. R. I, 21 § 170 ff. Aus dem Wortlaute des § 170 folgt allerdings nicht, daß auch bei den hier besprochenen Gegenständen Vertheilung des letzten Jahresertrages vorgenommen werden soll. Dies entspricht aber der Grundanschauung, von welcher das Landrecht in dieser Lehre ausgeht. Vgl. Suarez bei Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 100, Entsch. des O. T. Bd. 48 S. 296.

1) L. R. I, 21 § 101 ff. Ueber gemeines Recht Dernburg Pand. Bd. 1 § 249 Anm. 7 Citirte.

2) L. R. I, 21 §§ 101. 104. Kapitalien sind Forderungen, welche eine dauernde Vermögensanlage bilden sollen.

3) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 79 S. 268. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 417. Eccius Bd. 3 § 186 Anm. 51.

4) Die Reichsbank nimmt offene Depots von Werthpapieren an, deren Zinsen eine dritte Person nach der Erklärung des Hinterlegenden lebenslänglich beziehen soll. Die Erklärung ist von jener Person mitzuvollziehen. Zinsenzahlung sowie Rückgabe des Depots erfolgt an den Hinterlegenden oder dessen Rechtsnachfolger nur im Fall der Zustimmung des Zinsenempfängers oder der Vorlegung der standesamtlichen Bescheinigung über dessen Tod. — Es kann ferner bei den im preußischen Staatsschuldbuch, sowie im Reichsschuldbuch eingetragenen Buchschulden — in der Spalte Beschränkungen des Gläubigers — Eintragung eines Nießbrauchs erfolgen, so daß der Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs die Zinsen zu beziehen hat.

Zahlung.[5] Dagegen kann er bei Unsicherheit des Schuldners Einwilligung des Eigenthümers zur Kündigung und Beitreibung des Kapitals verlangen: äußerstenfalls ist die Genehmigung vom Gericht zu ergänzen, da es sich um eine nothwendige Verwaltungsmaßregel handelt. Andererseits kann auch der Eigenthümer die Forderung nicht selbständig kündigen, sondern bedarf hierzu Zustimmung des Nießbrauchers. Sie wird vom Gericht nöthigenfalls ergänzt. Will der Schuldner, welchem die Nießbrauchbestellung bekannt gemacht ist, zurückzahlen, so kann dies der Regel nach nur an die öffentliche Hinterlegungsstelle geschehen, wenn sich Gläubiger und Nießbraucher nicht in anderer Weise einigen. Neubelegung des zurückgezahlten Kapitals soll der Eigenthümer erst nach Rücksprache mit dem Nießbraucher vornehmen. Er muß hierbei auf die von dem Nießbraucher vorgeschlagene Belegungsweise eingehen, wenn derselbe für das Kapital Sicherheit stellt. Doch kann der Eigenthümer das zurückgezahlte Kapital auch gegen Leistung landesüblicher Zinsen an den Nießbraucher und gegen Sicherstellung an sich nehmen und behalten.[6]

3. Natürlich ist auch nach preußischem Recht uneigentlicher Nießbrauch an Forderungen möglich, so daß der Nutznießer die freie Verfügung über sie erhält. Ob ein solches Verhältniß vorliegt, ist Frage der besonderen Parteiabsicht. Uneigentlicher Nießbrauch ist bei Forderungen zu unterstellen, welche nicht einer dauernden Kapitalanlage, sondern vorübergehender Kreditbewilligung dienen sollten.[7]

§ 286. Nießbrauch an Rechten anderer Art.

1. Welche Rechte hat der Nießbraucher einer Aktie?[1] Ist er schlechthin befugt, die Dividenden während der Nießbrauchszeit für sich in Anspruch zu

5) Da nach L. R. I, 21 § 10 Zahlung des Kapitals an den Nießbraucher den Schuldner gegenüber dem Gläubiger nicht befreit, so kann dieser den Schuldbetrag trotzdem von dem Schuldner beitreiben, während der Schuldner das Gezahlte vom Nießbraucher als ihm nicht geschuldet kondicirt. Damit scheint wenig zu stimmen L. R. I, 21 §§ 102. 103, wonach der Nießbraucher an den Kapitalien, über welche er verfügt hat, dem Eigenthümer für jeden Ausfall haftet, auch diesem Sicherheit stellen soll. Es ist anzunehmen, der Nießbraucher habe die Kapitalien neu belegt, der Eigenthümer kann sich dann, statt den ursprünglichen Schuldner anzugehen, an den neuen Schuldner halten, so daß der Nießbraucher aber für denselben Sicherheit zu leisten hat. Vgl. jedoch Eccius Bd. 3 § 186 Anm. 48.

6) Wem gebührt die Nutzung am Prämiengewinn, wenn das Papier, an welchem der Nießbrauch besteht, einer Prämienanleihe angehört? Die Prämien gleichen den geringeren Zinsgenuß aus. Dennoch wird man dem Nießbraucher weder die Prämie, noch auch selbst die Nutzung des Prämiengewinnes zutheilen können, denn dieser Gewinn ist Substanzvermehrung und ein neu erworbenes Kapital, auf welches sich der Nießbrauch an der ursprünglichen Kapitalsumme nicht erstreckt. Ulrichs Archiv Bd. 10 S. 133.

7) Kapitalien im Sinne von L. R. I, 21 § 101 sind derartige Forderungen nicht. Obligationen auf den Inhaber stehen der Regel nach im eigentlichen, Banknoten, Zinsscheine im uneigentlichen Nießbrauche, Hanausek a. a. O. S. 136.

nehmen? Dies könnte zweifelhaft sein, weil die Dividenden wirthschaftlich für den Kapitalisten nicht lediglich Nutzung, sondern zugleich einen Fonds bilden, welchen ein guter Wirthschafter zur Deckung des Kapitalverlustes aufsammelt, den das Unternehmen etwa künftig mit sich bringt. Da indessen das Gesetz die Dividende als Reingewinn des Unternehmens, also als Frucht, betrachtet,[2] so muß man dieselbe dem Nutznießer überlassen, wenn nicht den thatsächlichen Umständen nach etwas Anderes, insbesondere nur ein uneigentlicher Nießbrauch an der Summe der einkommenden Dividenden anzunehmen ist.

Der Nießbraucher hat Anspruch auf die Dividende nach Verhältniß der Zeit, in welcher sein Nießbrauch im betreffenden Geschäftsjahre dauerte. Es kommt nichts darauf an, in welchem Augenblick dieselbe festgesetzt wird und zur Auszahlung kommt.[3]

Wer hat Stimmrecht in der Generalversammlung? Der Gesellschaft gegenüber ist allerdings, wenn es sich um Inhaberaktien handelt, der Inhaber schlechthin legitimirt. Es fragt sich aber, wer die Innehabung zum Zweck der Abstimmung verlangen kann, der Eigenthümer oder der Nießbraucher? Wir müssen davon ausgehen, daß der Eigenthümer, weil er Gesellschafter ist, das Stimmrecht hat; der Nießbraucher darf dasselbe an dessen Stelle nur ausüben, sofern er befugt ist, ihn z. B. als Vater, Ehemann zu vertreten. Stehen die Aktien auf Namen, so hat der Nießbraucher daher, wenn er das Stimmrecht beanspruchen will, den Nachweis eines solchen Vertretungsrechtes zu führen.

Ist auf die Aktie, wie bei Versicherungsgesellschaften nicht selten vorkommt, nur theilweise eingezahlt und sind, etwa in Folge von Verlusten der Gesellschaft, weitere Einzahlungen zu machen, so fragt sich, wem dieselben obliegen, dem Eigenthümer der Aktie oder dem Nutznießer, welcher auch die Dividenden der guten Jahre zog? Solche Nachzahlungen sind aufzufassen als nothwendige Verwendungen auf die Substanz.[4] Der Nutznießer hat sie also vorzuschießen, kann hierzu vom Eigenthümer der Aktie sogar angehalten werden; nach Beendigung des Nießbrauches aber hat ihm der Eigenthümer den vorgeschossenen Betrag zu ersetzen, wenn er die Einzahlung verlangte, oder wenn er die Einwilligung zu ihr gab, oder dieselbe vom Richter ergänzt wurde.[5]

---

1) Vgl. R. G. Bd. 23 S. 270.

2) H. G. B. Art. 216. Renaud die Aktiengesellschaft S. 651 ff.

3) Wird z. B. die Dividende einer Eisenbahnaktiengesellschaft für das verflossene Jahr erst im März des folgenden Jahres festgestellt und ausgezahlt, so erhält der Nießbraucher, dessen Nießbrauch mit dem 31. December jenes Jahres aufhörte, den vollen Dividendengenuß, bei früherer Endigung im Jahre aber einen verhältnißmäßigen Theil. Die Vertheilung hat nach den § 284 Anm. 16 entwickelten Grundsätzen zu geschehen.

4) Vgl. L. R. I, 21 § 82, siehe übrigens Hanausek a. a. O. S. 143.

2. Gewährt der Nießbrauch einer Rente freie Verfügung über die während des Nießbrauchs fällig gewordenen Renten oder nur den Zinsgenuß des Rentenbetrages? Das von einer ewigen Rente verfallende Einkommen gebührt dem Nießbraucher, da hier das Recht selbst, welches dauernd die Rente erzeugt, die Substanz bildet. Zweifelhaft ist, ob Gleiches bei lebenslänglichen Renten zu gelten hat, welche sich mit der Zahlung der während des Lebens des Berechtigten verfallenden Beiträge erschöpfen. Doch hat dies das Landrecht im Anschluß an die herrschende ältere gemeinrechtliche Lehre bejaht.[6] Von Renten noch kürzerer Dauer kann hingegen der Nießbraucher nur die Zinsen ansprechen.

3. Nießbrauch des Antheils an einer offenen Handelsgesellschaft wird nicht leicht anders vorkommen, als wenn laut des Gesellschaftsvertrags die Gesellschaft mit den Erben des Gesellschafters nach dessen Tode fortdauern soll, und ein Nießbrauch an dem Vermögen dieser Erben besteht. Der Nießbraucher ist berechtigt, die dem Gesellschafter von seinem Gesellschaftsantheil jährlich gutgeschriebenen vierprocentigen Zinsen, wie auch den ermittelten Jahresgewinn in Anspruch zu nehmen, soweit dies nicht zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht.[7] An den Beträgen, welche dem Eigenthümer nach Auflösung der Gesellschaft zufallen, erhält er je nach ihrer Beschaffenheit wirklichen oder uneigentlichen Nießbrauch. Der Nießbraucher wird nicht

---

5) Wie gestalten sich die Verhältnisse, wenn den Aktionären bei Vermehrung des Aktienkapitals das Recht des Bezugs einer neuen Aktie zu niedrigerem als dem börsenmäßigen Kurse offen gestellt wird? Es hat dann der Eigenthümer einen Anspruch auf die Substanz der neuen Aktie, der Nießbraucher aber auf deren Dividende. Dieses Recht des Nießbrauchers aber ist daran gebunden, daß er die auf die neue Aktie zu machende Einzahlung seinerseits leistet; das Recht des Eigenthümers ist davon abhängig, daß er bereit ist, dem Nießbraucher die vorgeschossene Einzahlung gegen Herausgabe der neuen Aktie nach beendigter Nutzungszeit zu vergüten. Weigert sich der Nießbraucher, den Vorschuß zu machen, so verzichtet er damit auf den Nießbrauch der neuen Aktie und der Eigenthümer hat das Bezugsrecht frei vom Nießbrauch; weigert sich aber der Eigenthümer der Erklärung über die dereinstige Vergütung des Vorschusses, so verzichtet er auf das Recht zum Bezuge der neuen Aktie, welche in Folge dieses Verzichtes dem Nießbraucher allein zufällt.

6) L. R. I, 21 § 42. Striethorst Archiv Bd. 49 S. 273 ff. Ebenso code civ. art. 588. Von älteren Schriftstellern Voet. ad. Pand. VII, 1 n. 25. Dagegen Bürkel a. a. O. S. 69. Vgl. Hanausek S. 127 ff.

7) H. G. B. Art. 106. Art. 108, unten Bd. 2 § 220 bei Ziff. 4. Unsere beiden ersten Auflagen gaben dem Nießbraucher nur Anspruch auf die zugeschriebenen Zinsen, nicht den zugeschriebenen Jahresgewinn, da dieser nicht endgültig, vielmehr nur rechnungsmäßig sei und seine Entnahme nur ein höchstpersönliches Recht des Gesellschafters bilde. Gegenüber Art. 119 des H. G. B., welcher dem Gläubiger des Gesellschafters ein Recht an den Gewinnantheilen, wie an den Zinsen giebt, läßt sich dies nicht halten. Wir schließen uns daher der Ausführung von Hanausek a. a. O. S. 148 ff. an.

Gesellschafter.[8] Doch kann er verlangen, daß ihm der Eigenthümer eine beglaubigte Bilanzabschrift zustellt.[9]

4. Der Nießbraucher eines Handelsgeschäftes kann dessen Jahresgewinn in Anspruch nehmen.[10] Weitergehende Befugnisse hat er, wenn ihm das Geschäft auch zur freien Verwaltung und Verfügung überlassen wurde. Meist betrachtet man ihn dann als Vertreter des Eigenthümers zu eigenen Gunsten, so daß er diesen mit den Geschäftsschulden belastet und sich den Geschäftsreinertrag aneignet. Richtiger ist, solchen Nießbrauch als uneigentlichen zu behandeln. Der Nießbraucher kann hiernach Uebertragung des Geschäftes mit dessen Ausständen, Bewilligung zur Eintragung in das Firmenregister fordern; wie jeder Erwerber eines Handelsgeschäftes übernimmt er dagegen die Haftung für dessen Schulden. Nach Beendigung des Nießbrauches hat er Geschäft und Firma zurückzuübertragen mit einem Geschäftskapital, welches dem seiner Zeit überkommenen gleichwerthig ist.

5. Nießbrauch an einem Urheberrechte ist der Regel nach nur uneigentlicher an denjenigen Kapitalien, welche während der Nießbrauchszeit in Folge des Urheberrechtes eingehen.[11] Möglicherweise liegt es jedoch in der Absicht des Bestellers, dem Nießbraucher die Einnahmen während der Nießbrauchszeit ohne Erstattungspflicht zu überlassen. Diese Absicht muß aber besonders ausgedrückt sein oder sich aus den Umständen mit Sicherheit ergeben. In solcher zeitweisen Abtretung des Urheberrechtes liegt ein Analogon des Nießbrauches, nicht wirklicher Nießbrauch.

§ 287. Nießbrauch an einem Vermögen.

Der Nießbrauch an einem Gesammtvermögen[1] oder einer Quote desselben, namentlich einer Verlassenschaft, ist nach der besonderen Beschaffenheit und Bestimmung der einzelnen Vermögenstheile theils eigentlicher, theils uneigentlicher.

Eine Schwierigkeit bildet die Behandlung der Schulden, welche dem Vermögen zugehören. Die römische Jurisprudenz gestattete im Falle des Vermächtnisses des Nießbrauches an einer Verlassenschaft dem Erben, welcher für die Schulden des Erblassers persönlich haftbar blieb, bei Herausgabe

8) Art. 98 des H. G. B.

9) Hanausek a. a. O. S. 152, vgl. Aehnliches unten Bd. 2 § 218 Anm. 8. Wenn sich die Sache so gestaltet, daß der Nießbraucher zugleich Vertreter des Eigenthümers ist, so hat er in dieser Eigenschaft weitergehende Rechte.

10) Anders unsere erste und zweite Auflage, vgl. aber Hanausek a. a. O. S. 154 ff. und oben Anm. 7.

11) Vgl. Bürkel a. a. O. S. 73 ff.

1) Bürkel a. a. O. S. 86. — Vgl. auch oben § 284 bei Anm. 16 und § 286 Anm. 3.

des **Nachlasses** an den **Nießbraucher** den **Betrag** der **Erbschaftsschulden abzuziehen**, so daß sich der Nießbrauch nur auf das Reinvermögen erstreckte.[2] Auch nach Landrecht kann der Erbe, da er persönlich für die Schulden haftbar bleibt, die für deren Tilgung erforderliche Summe zurückhalten, oder, soweit dies nicht geschah, vom Nießbraucher Deckung für sie fordern. Aber auch der **Gläubiger** jener Forderung ist nach Landrecht befugt, wegen der zur Zeit des Beginns des Nießbrauches bestehenden Forderungen und aller hieraus sich entwickelnden Verbindlichkeiten Zwangsvollstreckung in das Nießbrauchsvermögen zu betreiben, da dieselben zu den Lasten des überwiesenen Inbegriffes gehören.[3] Zu diesem Zwecke muß er Verurtheilung oder einen sonstigen vollstreckbaren Titel gegen **beide Betheiligte**, den Eigenthümer und den Nießbraucher, erwirken.[4] [5]

Es ergiebt sich aus diesen Sätzen, daß der Nießbraucher einer Verlassenschaft Schulden des Erblassers zu verzinsen,[6] [7] nicht weniger, daß er für die Berichtigung derselben im Falle ihrer Aufkündigung zu sorgen hat.[8] [9]

---

2) l. 69 D. ad l. Falc. 35, 2. l. 43 D. de usu legato 33, 2. Vgl. Hanausek a. a. O. S. 3.

3) L. R. I, 2 § 36. Vgl. oben § 60 bei Anm. 11.

4) Richtig ist, daß der Gläubiger, wie Eccius bemerkt, die Zwangsversteigerung gegen den Eigenthümer eines Grundstückes betreiben kann, auch wenn dieser nicht im Besitz ist, Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 14. Da indessen die Zwangsversteigerung dann nur unvorgreiflich des Nießbrauches erfolgen würde, so hätte der Gläubiger hiermit wenig gewonnen. Er wird daher eine Verurtheilung auch des Nießbrauchers und zwar dahin erwirken müssen, daß dessen Recht dem Anspruche des Gläubigers nachsteht, so daß § 60 jenes Gesetzes zur Anwendung zu bringen ist.

5) Das römische Recht nöthigte bei dem gesetzlichen Nießbrauch des Hausvaters an den Adventitien des Hauskindes die Gläubiger des Kindes, den Hausvater im Namen des Kindes zu belangen, und ließ den Betrag im Falle der Verurtheilung des Hausvaters aus dem Vermögen des Kindes betreiben. § 3 J. de adq. per adr. 3, 10. l. 8 § 4 C. de bonis, quae liberis adq. 6, 61. Dieses Verfahren ist auch nach Landrecht einzuschlagen, wenn der gesetzliche Nießbraucher freie Verwaltung des Nießbrauchvermögens hat.

6) L. R. I, 21 § 71.

7) Nach Präj. des Obertrib. n. 169 soll sich die Verpflichtung des Nießbrauchers nicht auf Verzugszinsen erstrecken, welche sich aus vornießbrauchlichen Schulden in Folge späteren Verzuges des Eigenthümers ergeben. — Die Frage ist zu verallgemeinern. Haftet das Nießbrauchsvermögen aus vornießbrauchlichen Schulden, auch wenn eine nach Begründung des Nießbrauches unterlaufende Verschuldung des Eigenthümers mitwirkt? Wir müssen bejahen, da der letzte Grund solcher Verpflichtung immerhin in dem Geschäft bleibt, welches der Begründung des Nießbrauches vorausging.

8) L. R. I, 21 § 75.

9) Wer den Nießbrauch an einem Vermögen hat, genießt den vollen Ertrag der dazu gehörigen Leibrenten L. R. I, 21 § 42, Striethorst Archiv Bd. 49 S. 270. Hieraus folgt, daß Gleiches auch bezüglich der Erträgnisse eines vom Nießbrauch ergriffenen Nießbrauchrechtes gilt. So R. G. Bd. 6 S. 208 für gemeines Recht.

Dritter Titel.

Andere subjektiv persönliche Nutzungsrechte. Miethe und Pacht.

§ 288. Eingeschränkte persönliche Nutzungsrechte.

1. Neben dem umfassenden Rechte des Nießbrauches schuf die römische Jurisprudenz bestimmte Arten eingeschränkter persönlicher Nutzungsrechte: den usus, die operae servorum, die habitatio.[1] Ferner ließ sie zu, daß solche Gerechtsame, welche regelmäßig als Grundgerechtigkeiten vorkamen, wie Wegerechte, Wasserservituten, zu Gunsten einer Person in unvererblicher Weise bestellt wurden, sogenannte irreguläre Personalservituten.[2] Letztere sind auch nach preußischem Rechte möglich; jene drei besonderen Formen eingeschränkter Personalservituten sind aber in dasselbe nicht übergegangen.[3] Doch findet sich eine analoge Bildung, auf welche die Theorie des römischen usus Einfluß hatte.

2. Es kennt nämlich das preußische Recht als besondere Art eines eingeschränkten persönlichen Nutzungsrechtes das zur persönlichen Nothdurft bestellte.[4] Dasselbe zeichnet sich durch die Unveräußerlichkeit der Nutzung aus. Der Berechtigte ist nicht einmal dazu befugt, die gewonnenen Erzeugnisse zu veräußern.[5] Folgerecht unterliegen solche Rechte auch nicht dem väterlichen oder ehemännlichen Nießbrauche, und nicht der Beschlagnahme durch die Gläubiger. Ob der Berechtigte andere Personen, z. B. seine Familie und sein Gesinde, am Genuß Theil nehmen lassen kann, ist thatsächliche Frage, welche das Landrecht für den Fall bejaht, daß das Recht Jemandem als Theil seiner Besoldung eingeräumt wurde.[6] Zu der besprochenen Art von Rechten gehören gewisse Befugnisse des Auszüglers bei Altentheilsverträgen.

---

1) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 250.

2) Vgl. l. 32 D. de usufructu 7, 1. l. 4. l. 6. D. de serv. pr. r. 8, 3. l. 6 D. de serv. leg. 33, 3. l. 14 § 3 D. de alim. leg. 34, 1. Anderer Ansicht Cohnfeldt, die sogenannten irregulären Servituten 1862.

3) Auch das gemeine Recht kennt sie nicht, es gilt dies selbst für den römischen Usus.

4) L. R. I, 19 § 26 ff. Die ältere Theorie bezeichnete den römischen usus allgemein als das Recht, eine Sache bloß zu seiner Nothdurft zu gebrauchen. Dagegen zuerst Thibaut Versuche I, 3.

5) Vgl. L. R. II, 15 § 75: „Wem die Fischerei bloß zum häuslichen Gebrauch verliehen ist, der kann sie weder verpachten, noch mit den gefangenen Fischen Handel betreiben." Gleiches muß für unentgeltliche Ueberlassung gelten.

6) L. R. I, 19 § 28. Die Römer nahmen bei ihrem usus an, daß der Regel nach der Usuar einer Wohnung auch die später gewonnene Familie mit sich wohnen lassen dürfe, desgleichen Freigelassene und selbst Fremde. l. 2 § 1 bis l. 8 D. de usu 7, 8. Es ist dies Auslegungsregel, welche, auf römische Anschauung gegründet, weder für das preußische, noch für das gemeine Recht praktische Bedeutung hat.

Auch als vererbliche kommen derartige Berechtigungen zur Nothdurft vor.

3. Endlich sind persönliche Rechte auf bestimmte einzelne Nutzungen einer Sache möglich. So finden sich nicht selten Anrechte auf Weide oder Holzertrag. Zum Theil waren dieselben ursprünglich Realgerechtsame, haben sich aber im Laufe der Zeit in subjektiv persönliche Rechte verwandelt. Sie sind häufig vererblich und veräußerlich.[7] Da solche Nutzungsrechte keine Grundgerechtigkeiten bilden, so bedürfen sie zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung im Grundbuch.

§ 289. Superficiarische Rechte.[1]

Das dingliche Recht zur Benutzung des Raumes eines fremden Grundstücks für ein Gebäude oder auch eine Anpflanzung bildet eine Superficies.[2]

Berechtigungen dieser Art stellt L. R. I 22 § 223 unter die Grundgerechtigkeiten. Doch können sie solche nur sein, wenn sie an ein herrschendes Grundstück geknüpft sind,[3] andernfalls bilden sie subjektiv persönliche Nutzungsrechte. Vom Nießbrauch unterscheiden sie sich dadurch, daß der Superficiar regelmäßig Eigenthümer der auf dem fremden Boden befindlichen Bauten oder Pflanzungen ist,[4] daß ihm nicht die den Nießbraucher treffenden Verpflichtungen obliegen, daß endlich das Recht an sich nicht von der Lebensdauer des Berechtigten abhängig ist.

2. Das superficiarische Recht kann ein ganzes Gebäude, aber auch Theile eines solchen z. B. Stockwerke, Zimmer betreffen,[5] dauernd oder für Zeit eingeräumt sein.

---

7) Vgl. L. R. I, 22 § 96. In Entsch. des O. Trib. Bd. 32 S. 40 wird eines vererblichen, subjektiv persönlichen Rechtes auf Gebrauch eines Kirchensitzes und der Möglichkeit des Erwerbes dieses Rechtes durch Verjährung gedacht, vgl. oben § 173 Anm. 7 a. E. und Anm. 11; Schauberg Zeitschrift für Zürcherisches Recht Bd. 4 S. 443 erwähnt eines durch Verkauf entstandenen, subjektivpersönlichen dinglichen Rechtes, auf der Kelter eines Nachbarhauses die Trauben aus einem Vierling Reben auszupressen.

1) L. R. I, 22 § 243 ff. Ueber gemeines Recht Dernburg Pand. Bd. 1 § 259. Wächter Superficiarrecht Abh. d. Leipz. Juristenfakultät 1868 Bd. 1 S. 1 ff.

2) Ein verwandtes Recht ist das des Erbbegräbnisses. Vgl. L. R. II, 11 §§ 185. 461. Dasselbe ist dinglicher Natur. Es giebt nicht bloß ein Recht zur Beisetzung der Todten, sondern auch zur Verzierung der Grabstätte und zu ihrer Bepflanzung in herkömmlicher Weise, R. G. Bd. 8 S. 200. Vgl. Gruchot Bd. 26 S. 666, § 37 bei Anm. 3, § 173 Anm. 7 a. E.

3) Ist also das Recht Zubehör eines Grundstückes, besteht z. B. eine Gerechtigkeit für das Haus A auf den Bodenraum des anstoßenden Hauses B, so liegt eine Grundgerechtigkeit vor. Vgl. l. 6 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

4) Der römische Superficiar konnte an dem Gebäude kein Eigenthum haben, da dasselbe schlechthin als Accession des Bodens galt, während nach preußischem Rechte das Baumaterial dem Superficiar auch während seiner Verbindung mit dem Boden gehören kann. — Ob die Römer einer Superficies bei Anpflanzungen anerkannt haben, ist zu bezweifeln. Im neueren Rechte findet sich eine solche. Vgl. L. R. I, 22 § 243 ff.

5) Auch in Gestalt eines Kellers kann eine Superficies vorkommen, da auch er auf dem fremden Grund und Boden ruht. Seuffert Archiv Bd. 6, n. 152.

In Folge des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 ist jedoch richtiger Ansicht nach diejenige vererbliche Superficies unzulässig geworden, welche dem Bodeneigenthümer die Verfügung über den Raum seines Grundstückes völlig entziehen würde.[6] [7] Jenes Gesetz bezieht sich aber nicht auf die Superficies an öffentlichen Sachen, z. B. Straßen, Plätzen,[8] Festungsterrain, da zu unterstellen ist, daß das Gesetz auf solche dem Privateigenthume entzogene Sachen nicht einwirken wollte. Zweifellos ist ferner, daß das Ablösungsgesetz diejenige Superficies nicht berührt, welche den Raum eines Grundstückes nur zum Theil in Anspruch nimmt, wie z. B. die einzelne Stockwerke ergreifende. Endlich ist die unvererbliche Superficies unberührt geblieben.

3. Zur Begründung der Superficies bedarf es der Schriftlichkeit.[9] Ist das superficiarische Recht an einem Grundstück Zubehör eines anderen Grundstückes, liegt also eine wahre Grundgerechtigkeit vor, so ist die Eintragung im Grundbuche nicht erfordert. Ist dagegen die Superficies ein subjektiv persönliches Recht, so muß sie im Grundbuche eingetragen werden, um Wirksamkeit gegen Dritte zu haben.[10] Und zwar ist sie in der zweiten Abtheilung einzutragen. Wo sie jedoch die gesammte Raumsphäre des fremden Grundstückes einnimmt, kann sie als selbständige Gerechtigkeit ein eigenes Blatt im Grundbuch erhalten; der Eigenthümer des Bodens kann dann in der zweiten Abtheilung des Blattes eingetragen werden.[11] [12]

6) Gesetz vom 2. März 1850 § 91: „Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthumes zulässig."

7) Dies ist Entsch. Bd. 32 S. 258 ff. vom Obertribunal für einen gemeinrechtlichen Landestheil erkannt. Ein Zweifelsgrund für das Gebiet des Landrechtes ließe sich daraus entnehmen, daß das Landrecht I, 22 § 243 die Superficies, nicht wie die ältere gemeinrechtliche Lehre unter das dominium utile, sondern nach abweichender Auffassung — J. G. Siegel de jure superficiario reali quidem ad dominium utile vero haud trahendo, Lipsiae 1752 — unter die Grundgerechtigkeiten stellt, vgl. § 7 des Gesetzes vom 2. März 1850. Der Absicht dieses Gesetzes gegenüber wird dies indessen nicht als durchschlagend anzusehen sein; die zunächst wirthschaftliche Angelegenheit sollte keinenfalls nach der verschiedenen juristischen Gestalt der Superficies im landrechtlichen und gemeinrechtlichen Gebiet verschieden geregelt werden. Anderer Ansicht Eccius Bd. 3 § 185 Anm. 33. Wirthschaftlich schädlich ist namentlich die Superficies an einem Hause auf eine begrenzte Zeit, z. B. 100 Jahre. Denn in den letzten Jahren des Rechts geschieht nichts mehr für die Erhaltung des Hauses, welches ohnehin nur so gebaut wird, daß es die Zeit der Superficies hindurch stehen kann. Das verfallende Haus wird der Wohnsitz von Gesindel, wie das Beispiel von London zeigt, wo die Hausgrundstücke nur zu superficiarischem Rechte ausgethan werden.

8) Oben § 274 bei Anm. 6. Ein Beispiel bietet das Kroll'sche Etablissement in Berlin. Dasselbe beruht auf einem zum Zwecke eines Vergnügungslokales vom Staate bewilligten superficiarischen Rechte an einem Theile des Thiergartens.

9) Der Vertrag kann Vermiethung oder Verpachtung, aber auch Kauf, Schenkung u. s. f. sein. Auch Begründung durch Vermächtniß, sowie durch Ersitzung ist möglich, R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 130.

10) E. E. Ges. vom 5. Mai 1872 § 12.

4. Der Superficiar hat das Recht, die abgebrannten, verfallenen oder sonst zerstörten Gebäude wieder aufzubauen, an Stelle der eingegangenen Bäume neue zu pflanzen und den Wald forstmäßig zu nutzen und zu verbessern.[13] Hingegen ist er, an und für sich, dem Grundeigenthümer zur Instandhaltung oder Herstellung der Superficies nicht verpflichtet. Bildet bloß ein Theil eines Gebäudes, z. B. ein Stockwerk, den Gegenstand der Superficies, so verbindet sich stillschweigend mit der Superficies der Anspruch gegen die Eigenthümer unterliegender Stockwerke, daß sie dessen Stützen erhalten, und eine entsprechende Verpflichtung besteht für den Superficiar gegenüber den Eigenthümern oberliegender Stockwerke.

Dem Superficiar liegt häufig die Leistung eines Grundzinses an den Grundherrn ob, aber nur, wenn diese Verpflichtung durch besondere Rechtstitel begründet ist. Die auf dem Grundstücke ruhenden Abgaben und Lasten hat er zu entrichten, falls der Raum des Grundstückes ausschließlich dem Zwecke der Superficies dienstbar ist, dagegen beschweren sie den Grundeigenthümer, wenn der Superficiar das Grundstück nicht ausschließlich für sich in Anspruch nimmt.

Im Fall der Zerstörung der Superficies verfügt der Superficiar der Regel nach frei über deren Materialien, welche ihm bei uns der Vermuthung nach gehören.[14]

5. Das superficiarische Recht erlischt nach den allgemeinen Grundsätzen über Beendigung der dinglichen Rechte. Unter Andern beendigt es durch einseitigen Verzicht, so daß der Superficiar dadurch auch von der etwaigen Verpflichtung der Bodenabgaben befreit wird, da dieselbe durch die Fortdauer des superficiarischen Rechtes bedingt ist.[15]

§ 290. Miethe und Pacht.[1]

Aus Miethe und Pacht entspringen nach preußischem Rechte dingliche Ansprüche.

1. Ganz anders das römische Miethrecht, welches das Pachtrecht in sich schloß. Dasselbe setzt den Miether in vollkommene Abhängigkeit vom

11) Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hypothekenrecht Bd. 1 S. 156. Eine solche Superficies unterliegt der Zwangsvollstreckung in Immobilien, insbesondere der Zwangsversteigerung, unten § 343. Anm. 7.

12) Ein dingliches Recht im Sinne des E. E. Ges. § 12 ist aber das Eigenthum nicht; zur Wirksamkeit gegen Dritte bedarf es daher der Eintragung der Eigenthumsansprüche auf dem Blatte des Superficiers nicht.

13) L. R. I, 22 § 245.

14) Anders nach l. 2 D. de superficiebus 43, 18.

15) A. Ansicht Windscheid Bd. 1 § 223 gegen Wächter a. a. O. S. 120 ff.

1) L. R. I, 21 § 258 ff.

Vermiether — dem Grundbesitzer. Diese Abhängigkeit bewirkt es dadurch, daß es dem Miether nur ein persönliches Recht gegen den Vermiether auf vertragsmäßige Ueberlassung der Miethsache zuschreibt und Besitz an derselben absprach. Hiernach hat der Grundbesitzer, welcher während der Miethzeit ausschließlich im Besitze verbleibt, die Rechtsmacht, seinen Miether auch vor Ablauf der Vertragszeit mittels Selbsthülfe oder durch Besitzersklagen aus der Miethsache zu setzen,[2] während dem Miether nur eine persönliche Klage gegen den wortbrüchigen Vermiether zusteht und zwar lediglich zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen.[3] Auch dann, wenn der Miether durch Dritte beunruhigt und gestört wird, steht ihm nur offen, Schutz bei seinem Vermiether zu suchen, welcher verpflichtet ist, ihm die Sache während der Vertragszeit zu gewähren.[4]

2. Nach Landrecht hingegen begründen Mieth- und Pachtverträge mit ihrem Abschluß ein Recht zur Sache. Infolge der Uebergabe erlangen Miether, wie Pächter unvollständigen Besitz, damit Besitzesschutz und Besitzesklagen, nicht minder ein dingliches Recht an der Mieth- oder Pachtsache.[5][6] Hiernach nähert sich die Miethe dem Nießbrauche. Als Unter-

---

2) Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 65, Pand. Bd. 3 § 110 ff. Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 10 ff.

3) Dernburg der Aeltere in seinen Abhandlungen S. 1 ff. nimmt als Grund für den Satz „Kauf bricht Miethe" an, die Römer hätten es als Naturale des Miethvertrages angesehen, daß der Vermiether vom Miether die Räumung der Miethsache auch vor Ablauf der Miethzeit, falls er veräußern wollte, gegen Entschädigung fordern könne. Denn den Vermiether treffe die Gefahr der Sache, weshalb ihm die Befugniß zu freier Veräußerung nicht abgesprochen werden könne, um sich der Gefahr zu entschlagen.

4) Vgl. aber oben § 185 S. 423.

5) L. R. I, 21 § 2 spricht sich dahin aus: „So weit der Berechtigte sich im wirklichen Besitz der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes." Nach dem Vorgang älterer Schriftsteller legt Eccius Bd. 2 § 136 Anm. 39 die Worte „so weit" nicht räumlich, sondern zeitlich aus und schließt daraus, daß das Nutzungsrecht nur so lange dinglich sei, als es durch den Besitz kenntlich bleibt. Die Folge wäre, daß der Eigenthümer, welcher den Miether während der Miethzeit eigenmächtig aus dem Besitz gesetzt hätte, das vermiethete Grundstück frei von der Miethe verkaufen könnte, da sie mit Aufhören des Miethbesitzes ihre Dinglichkeit verlöre. Das aber läßt sich nicht annehmen. Nach O. Trib. Bd. 60 S. 126 soll ein Miether, welcher dem Vermiether das vermiethete Grundstück freiwillig zeitweise zur Benutzung überließ, die Räumung von einem Käufer nicht fordern können, welcher die Vermiethung zur Zeit des Erwerbs nicht kannte. Hierfür kann man sich auf die Analogie von L. R. I, 20 §§ 118, 119, § 254 mit gutem Grund berufen. Doch dies ist etwas ganz anderes als der Satz von Eccius.

6) Der Eintragung im Grundbuch bedarf es hierzu nicht E. E. Ges. § 12 Abs. 2, oben § 275 im Text hinter Anm. 6. — Anhang § 56 zu L. R. I, 21 § 401 bestimmt: „Ist die Eintragung nicht ausdrücklich bewilligt worden, so ist ein Gutspächter die Eintragung des Pachtkontraktes auf das verpachtete Gut zu fordern nicht berechtigt." Quelle ist das Konklusum der Gesetzeskommission vom 15. December 1794. Als Grund wird in dem begleitenden Reskript vom 5. Januar 1795 angeführt, daß die bloße Existenz eines dinglichen Rechtes — welches dem Pächter unzweifelhaft zustehe — zur

scheidungsmerkmal gilt dem Landrechte das „eingeschränkte“ Nutzungsrecht des Miethers.[7 8] Bezeichnender noch ist die nothwendige Abhängigkeit der Miethe und Pacht von regelmäßiger Zahlung des Zinses.[9]

In der Lehre des Obligationenrechtes werden wir die persönlichen Beziehungen zwischen Miethern und Vermiethern wie auch die Begründung und Endigung des Miethsverhältnisses behandeln.[10] An diesem Orte ist nur auf das Verhältniß des Miethers und Pächters zu dritten Erwerbern der vermietheten oder verpachteten Sache einzugehen.

§ 291. Veräußerung der Miethsache durch den Vermiether und Verpächter.[1]

Gemeinrechtlich gilt die Rechtsregel: Kauf bricht Miethe. Das heißt: der Käufer, welcher vom Veräußerer in den Besitz der vermietheten Sache gesetzt wird, ist durch dessen Miethsverträge nicht gebunden. Dem Miether, welchem der Miethsvertrag vom Käufer nicht ausgehalten wird, bleiben also nur Entschädigungsansprüche gegen seinen Vermiether.[2] Nach preußischem Rechte hingegen ist Käufer verpflichtet, dem Miether und Pächter den Miethbesitz bis zum Ablauf der Miethe zu belassen. Und nicht bloß zu diesem Dulden ist der Käufer gehalten; vielmehr tritt er in die sämmtlichen Verpflichtungen des Vermiethers, wie andererseits in dessen Rechte ein.[3] Dies ist aus den Worten den Landrechtes zu entnehmen: „Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und

---

Eintragung nicht hinreiche, daß vielmehr dazu, abgesehen von den gesetzlichen Hypotheken, ausdrückliche Einwilligung des Schuldners und Besitzers erforderlich sei. Gleiches gilt demnach auch für die Miethe. Der Vermiether kann jedoch eine Kautionshypothek für die etwaigen Schadensansprüche des Pächters und Miethers, insbesondere auch wegen vorzeitiger Kündigung im Falle einer Zwangsversteigerung der Miethsache gewähren, natürlich unter Eintragung eines Höchstbetrages. Vgl. L. R. I, 21 §§ 355. 356. Es steht ferner nichts im Wege, durch ausdrückliche Eintragung den Mieth- und Pachtbesitz selbst zu sichern, Zahn in Behrends Zeitschrift Bd. 4 S. 35. — Vgl. § 291 Anm. 21.

7) Ueber älteres deutsches Recht vgl. Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten 1861 S. 192 ff. Ziebarth a. a. O. S. 224 ff.

8) Vgl. L. R. I, 21 § 22 und 23, Ueberschrift zum dritten Abschnitt des Titels I, 21 vor § 227.

9) L. R. I, 21 §§ 258. 259.

10) Vgl. unten Bd. 2 § 166 ff. Ueber das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters unten § 364.

1) Colberg die Rechtsparömie: Kauf bricht Miethe, in Scherings Archiv Bd. 1 S. 1 ff. Ziebarth a. a. O., insbesondere S. 142 ff., S. 316 ff. Gruchot Bd. 17 S. 547 ff.

2) Dernburg Pand. Bd. 2 § 111 bei Ziff. 4. l. 25 § 1. l. 32 D. locati 19, 2. l. 59 § 1. D. de usufr. 7, 1. l. 9 C. de locato 4, 65.

3) Zur Vergleichung kann der Satz herangezogen werden, wonach bei Veräußerung eines Vermögens oder Sondervermögens die zugehörigen Forderungen und Schulden auf den Erwerber übergehen; oben § 60. Indessen bezieht sich der Uebergang auf den Käufer der Miethsache nicht auf rückständige Rechte und bereits fällige Entschädigungspflichten des Verkäufers, wie anzunehmen wäre, wenn jener Satz eingriffe.

Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert."[4] Denn bereits die vorlandrechtliche Gesetzgebung erklärte für Berlin im Reskript vom 15. April 1765 die dem Käufer auferlegte Pflicht, die Miethe auszuhalten, dahin, daß derselbe für die noch übrige Miethzeit in die Verbindlichkeiten, aber auch in die Rechte seines Verkäufers trete.[5]

In Wahrheit jedoch knüpft sich dieser Uebergang nicht an das Kaufgeschäft als solches, sondern erst an den Eigenthumserwerb[6] auf Grund des Kaufes, geschehe derselbe nun bei beweglichen Sachen durch Besitzübertragung oder bei unbeweglichen durch Auflassung. Hervorzuheben ist:

1. Der Uebergang der Rechte des Vermiethers auf den Käufer ist wie Cession derselben zu behandeln.[7]

Der Uebergang bezieht sich nur auf diejenigen Mieth- und Pachtzinsen, welche nach Uebereignung der Miethsache fällig werden. Aeltere damals rückständige Miethzinsraten kann der Käufer nicht beanspruchen, auch nicht solche, die in der Zeit zwischen dem Verkauf und der Uebereignung verfallen sind, denn Nutzungen wie Gefahr gehen auf den Käufer erst mit der Uebereignung der Kaufsache über.

Fällt die Uebereignung in die Zeit einer Miethzinsperiode, so kann der Käufer, wenn der Verkäufer den Miethzins bereits pränumerando eingezogen hat, vom Verkäufer einen verhältnißmäßigen Theil des Miethzinses fordern. Zieht aber der Käufer den mit Ablauf der Miethperiode zahlbaren Miethzins ein, so hat er dem Verkäufer den auf dessen Besitzzeit fallenden verhältnißmäßigen Theil zu erstatten.[8]

Hat also der Verkäufer künftig fällige Miethzinsen vor der Veräußerung eingezogen, oder sind sie durch Aufrechnung getilgt[9] oder Dritten abgetreten, so kann sie der Käufer nicht vom Miether in Anspruch nehmen, es bleibt ihm nur, falls er die Sachlage nicht kannte, der Rückgriff gegen den Verkäufer. Weiter aber ist, ähnlich wie im Fall einer Cession, auch anzunehmen, daß die zwischen Miether und Vermiether vorgefallenen Verhandlungen nach der Sachveräußerung gültig sind, so lange dem Miether der Eigenthumsübergang nicht gehörig bekannt gemacht ist,[10][11] es sei denn, daß dieser die stattgehabte

4) L. R. I, 21 § 358. Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 427 ff.

5) N. C. C. III, p. 673.

6) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1042.

7) So auch Gruchot Bd. 17 S. 552. Dagegen die dort angeführten Entscheidungen des Obertribunals. — Vgl. L. R. I, 11 § 402.

8) L. R. I, 11 § 106: Pacht- und Miethzinsen werden zwischen dem Käufer und Verkäufer nach Verhältniß ihrer Besitzzeit getheilt. An Stelle des Besitzwechsels muß jetzt bei Grundstücken die Auflassung treten.

9) Hinschius Anwaltszeitung 1862 S. 191. Striethorst Archiv Bd. 3 S. 187, Bd. 41 S. 253 ff.

Uebereignung anderweit kannte und gleichwohl betrüglicherweise sich noch mit dem Veräußerer in jene Verhandlungen einließ.[12]

2. Auf den Käufer gehen alle Verpflichtungen über, welche der Rechtsvorfahr dem Miether oder Pächter noch zu erfüllen hat,[13] sofern sie begrifflich Mieth- und Pachtverbindlichkeiten bilden. Es gehört hierher unter Anderem die Herstellung von Gebäuden, Scheunen, Fabriken, zu welcher sich der Verpächter dem Pächter im Pachtvertrag verbunden hat. Ob auch die Pflicht der Rückgabe einer Pachtkaution? Dies ist zu verneinen, da hierin eine accessorische, nicht unmittelbar dem Pachtgeschäft zugehörige Verbindlichkeit liegt.[14]

Die Verbindlichkeiten des Rechtsvorfahrs gehen auf den Käufer auch über, wenn er sie beim Erwerb nicht kannte. Wirkte jedoch der Pächter zu einer Täuschung des Käufers über den Umfang dieser Pflichten mit, so steht Letzterem eine exceptio doli offen.

Welche Rechte haben Miether und Pächter gegen ihren ursprünglichen Vermiether? Die Erfüllung müssen sie vom Käufer, an welchen das Recht den Miether und Pächter weist, fordern. Ist diese aber vom Käufer nicht zu erlangen, dann können sie ihre Interesseforderung auch gegen den ursprünglichen Vermiether geltend machen, welcher durch die Veräußerung der Miethsache nicht ausschied, vielmehr verhaftet bleibt, bis die Miether oder Pächter ihn seiner Verpflichtung entlassen, oder wenigstens den Käufer als nunmehrigen alleinigen Verpflichteten ausdrücklich oder stillschweigend annehmen.[15] Dagegen wird der Verkäufer, welcher in die Ver-

10) Nach Striethorst Archiv Bd. 69 S. 6 ff. hat das Obertribunal erkannt, daß sich der Käufer die Kompensation von Gegenforderungen an den Verkäufer aus der Zeit vor dem Kaufe nur in soweit gefallen lassen müsse, als der Pachtvertrag solche Abrechnung ausdrücklich in Aussicht nimmt. Dies ist zu eng: soll der freiwillige Verkauf, wie dies das Gesetz erklärt, an den Rechten und Pflichten des Miethers nichts ändern, so können ihm seine Anrechte auf Kompensation durch die Veräußerung nicht entzogen werden. Vgl. auch L. R. I, 11 §§ 407 und 408.

11) L. R. I, 11 § 413, unten Bd. 2 § 85. Gehörige Bekanntmachung ist hiernach anzunehmen a) wenn der Vermiether dem Miether die Veräußerung anzeigt, b) wenn der Käufer die Anzeige der Veräußerung macht und die Richtigkeit seiner Angabe längstens innerhalb dreier Tage bescheinigt. Doch kann die bloße Anzeige des Käufers nicht ausreichen, wenn der Miether ein Interesse zur sofortigen Zahlung an seinen ursprünglichen Vermiether hat, z. B. weil an die Verabsäumung des Termins das Recht zur Exmission des Miethers geknüpft ist.

12) L. R. I, 11 § 417, unten Bd. 2 § 85 Anm. 6.

13) Entschädigungsansprüche wegen Nichterfüllung des Miethvertrages durch den Vermiether aus der Zeit vor der Veräußerung sind dem Käufer gegenüber mit der Vertragsklage nicht geltend zu machen. Dagegen kann der Pächter sein Rückhaltungsrecht an der Sache, der Miether das Recht auf den Zins des letzten Zahlungstermins — L. R. I, 21 §§ 396. 397 — auch gegenüber dem Käufer ausüben.

14) Wäre also im Pachtvertrag bestimmt, daß der Pächter berechtigt sei, das Pachtgut nach Belieben für einen gewissen Preis zu Eigenthum zu behalten, so würde die den Käufer nicht binden, weil die Bestimmung keine Pachtverbindlichkeit bildet.

bindlichkeiten gegen den Miether nur durch Kauf eintrat, derselben durch Weiterverkauf bezüglich später fällig werdender Ansprüche entledigt.

3. Wie gestaltet sich das Verhältniß, wenn von der vermietheten oder verpachteten Sache Trennstücke abverkauft wurden? Die Eigenthümer müssen in solchem Falle über eine Theilung des Zinses übereinkommen und inzwischen einen gemeinsamen Bevollmächtigten für dessen Annahme bestellen. Unterblieb Beides, so steht dem Miether sowie dem Pächter frei, den Zins zu hinterlegen. Umgekehrt haftet jeder Eigenthümer dafür, daß sein Theil dem Pächter vertragsgemäß gewährt werde. Wie aber steht es mit Leistungen anderer Art, z. B. eine im Miethsvertrag zugesagte Anlage? Es werden hierfür sämmtliche Eidenthümer der Trennstücke solidarisch einzustehen haben.

4. Die Rechte und Pflichten, welche das Gesetz dem Miether und Pächter im Falle des freiwilligen Verkaufes giebt, stehen ihm ohne Zweifel auch bei anderen freiwilligen Veräußerungen zu, z. B. bei Schenkungen oder Vermächtnissen, nicht minder in Fällen gesetzlichen Eigenthumsüberganges, z. B. durch gütergemeinschaftliche Ehe. Dagegen kann Miethe und Pacht unter Innehaltung der gesetzlichen Fristen gekündigt werden, wenn das Eigenthum des Vermiethers oder Verpächters in Folge einer ihm zur Zeit des Miethabschlusses anhaftenden Nebenbestimmung, z. B. eines Endtermines, einer auflösenden Bedingung aufhört.[16]

5. Nothwendige gerichtliche Veräußerungen berechtigen zur Aufkündigung auch innerhalb der Vertragszeit.[17] [18] Hierher gehört vor Allem die Zwangsversteigerung von Immobilien auf Antrag eines Gläubigers.

---

15) Eine wissenschaftliche Erörterung der bezüglichen Fragen fehlt. Die Entscheidungen des O. Trib. sind nicht ganz übereinstimmend. Aehnlich wie wir spricht sich aus Striethorst Archiv Bd. 51 S. 183. Dagegen ebendaselbst Bd. 25 S. 28; am entschiedendsten ist Bd. 44 S. 93, sieh aber auch R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1042.

16) Vgl. L. R. I, 21 § 388 ff. unten Bd. 2 § 166 Anm. 14. Selbstverständlich ist, daß der Miether wegen solcher vorzeitigen Kündigung Entschädigung nur bei der Verheimlichung der Eigenschaft des zeitigen Rechtes des Vermiethers oder besonderer Zusicherung beanspruchen kann — § 390 L. R. a. a. O. — Ueber die Verbindungskraft der Mieth- und Pachtverträge des Ehemanns für seine Ehefrau nach getrennter Ehe siehe unten Bd. 3 § 30 Anm. 15, § 37 Anm. 2.

17) L. R. I, 21 § 350 ff. Es ist dies ein Ausnahmerecht zu Gunsten der Gläubiger, vorzugsweise im Interesse des Realkredits geschaffen. Vgl. Zahn in Behrends Zeitschrift Bd. 4 S. 32. — Geschah die Vermiethung oder Verpachtung nach der Beschlagnahme, insbesondere nach Eintragung des Subhastationsvermerkes, so muß der Pächter oder Miether dem Gläubiger, welcher die Beschlagnahme erwirkte, schlechthin weichen, so daß dieser Exmission des Pächters oder Miethers fordern darf. Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 16 ff.

18) Hat die Bestimmung auch für bewegliche Sachen Bedeutung? Eccius Bd. 2 § 136 Anm. 137 hebt hervor, daß nach C. P. O. §§ 712, 713 die Pfändung beweglicher Sachen nur erfolgen kann, wenn sie sich „im Gewahrsam des Schuldners befinden" oder wenn der Dritte, welcher die Gewahrsam hat, „zur Herausgabe bereit sei." Es könne daher zu nothwendiger gerichtlichen Versteigerung beweglicher Miethsache ohne Zustimmung des Miethers nicht kommen, und es sei damit sein Miethrecht gesichert.

Auch die vom Beneficialerben oder dem Nachlaßpfleger oder dem Konkursverwalter beantragte gerichtliche Versteigerung gilt als nothwendige.[19] Die Theilungshalber von einem der Miteigenthümer beantragte gerichtliche Zwangsversteigerung giebt ein Kündigungsrecht nur in dem nicht leicht vorkommenden Falle, wenn ausschließlich der ideelle Antheil des Provokaten vermiethet oder verpachtet ist.[20] Fällt der Verpächter oder Vermiether in Konkurs, so wirkt selbst freiwillige Veräußerung durch den Konkursverwalter bezüglich der Zulässigkeit der Kündigung sowie der Dauer des Miethsvertrages wie Zwangsversteigerung.[21]

Die Aufkündigung, durch welche in diesen Fällen Miethe und Pacht beendigt wird, kann nach Einleitung des Verfahrens bis zum Zuschlagsurtheil durch Jeden an der Aufkündigung interessirten Gläubiger,[22] nach dem Zuschlagsurtheil bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin durch den Ersteher geschehen. Die Klage auf Räumung steht nur dem Ersteher zu.[23] Miether haben mit Ablauf des Vierteljahres zu räumen, welches dem Quartal des Zuschlages folgt,[24] Pächter mit Beendigung des kontraktlichen Pachtjahres nach dem Zuschlage, sofern die Aufkündigung mindestens 6 Monate vorher erfolgte.[25] Die einmal erfolgte Kündigung kann nur mit Zustimmung des Miethers oder Pächters zurückgenommen werden. Miether und Pächter ihrerseits erhalten durch den nothwendigen Verkauf der Miethsache ein Kündigungsrecht nicht.[26]

---

19) G. über die Zw. V. in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 180.

20) Dasselbe Gesetz § 185.

21) R. K. O. § 17 Ziff. 2; unten Bd. 2 § 119 unter 3.

22) L. R. I, 21 § 357 erachtet die Aufkündigung „von Seiten der Gläubiger, wie des neuen Käufers" als genügend. Daß der Kündigende „Pfandgläubiger" sein müsse — Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 176 — ist nicht ausgesprochen und nicht zu unterstellen, da auch persönliche Gläubiger, welche einen vollstreckbaren Titel haben, die nothwendige Veräußerung betreiben können. Wohl aber muß der kündigende Gläubiger selbstverständlich ein Interesse bei der Kündigung haben. Das aber läßt sich nicht anders feststellen, als durch doppeltes Ausgebot der zu versteigernden Sache mit oder ohne Kündigung, auf Antrag des kündigenden Gläubigers. Die Kündigung hat nur Bestand, wenn solchen Falles der Kündigende vollständiger befriedigt wird, als ohne dieselbe. Die Kündigung wirkt auch nur, wenn es zum Zuschlag der versteigerten Sache kommt. Die Kündigungsfrist läuft dann aber von Einlegung der Kündigung an, wenn diese nach Einleitung der Zwangsversteigerung geschah. Allerdings kommt der Miether und Pächter hierdurch in eine unerwünschte Lage. Es ist aber nicht zu verstehen, welche Bedeutung das Kündigungsrecht der Gläubiger haben soll, wenn die Kündigungsfrist erst vom Zuschlag an läuft, also zu der Zeit, in welcher der Ersteher kündigen kann. Wesentlich andere Auffassungen hat Eccius Bd. 2 § 136 Anm. 138.

23) Striethorst Archiv Bd. 5 S. 138 ff.

24) Der Miether kann im Falle solcher Kündigung schon mit Ablauf des Vierteljahres, in welches der Zuschlag fiel, die Miethe aufgeben, L. R. I, 21 § 354. Vom Pächter gilt Entsprechendes nicht.

25) L. R. I, 21 § 351.

Während der Räumungsfrist setzt sich die Miethe zwischen Ersteher und Miether, oder Pächter, fort.[27] Der erstere hat daher Anspruch auf den Theil des Mieth- oder Pachtzinses, welcher der Zeit nach der Verkündigung des Zuschlagsurtheils entspricht, nicht minder Ersatzansprüche wegen Vernachlässigung der Sache. Andererseits beschränken sich aber die Ansprüche des Miethers und Pächters während der Räumungsfrist ausschließlich auf die Verstattung der Fortsetzung des Miethbesitzes, während andere besondere Verbindlichkeiten des Vermiethers aus dem Miethvertrag auf den Ersteher nicht übergehen. Denn dem Miether oder Pächter soll eben nur Zeit zur Räumung gelassen werden.

Ist dem Miether oder Pächter in Folge des nothwendigen Verkaufs vor Ablauf der Miethvertrages gekündigt, so hat er Entschädigungsansprüche nur gegen den Vermiether oder Verpächter oder dessen Konkursmasse.[28] Auch die Eintragung seines Rechtes im Grundbuche verleiht ihm in der Regel nichts anderes als eine Kautionshypothek für diese Schadensansprüche.[29] Sie hat daher unter Zufügung eines Höchstbetrages zu geschehen und gewährt bis zu diesem Betrag ein Recht auf die Kaufgelder der veräußerten Sache.

Vierter Titel.

Die Grundgerechtigkeiten.[1]

§ 292. Allgemeine Grundsätze der Grundgerechtigkeiten.

Grundgerechtigkeiten — Prädialservituten oder Servituten schlechthin — sind die an ein Grundstück geknüpften dinglichen Nutzungsrechte an einem fremden Grundstück.[2]

---

26) L. R. I, 21 § 357. Vgl. R. G. Bd. 17 S. 287.

27) Vgl. R. G. Bd. 17 S. 284, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 392. Eccius Bd. 2 § 136 Anm. 137 gegen Förster a. a. O. Unser Text hält die Ausführung der früheren Auflage fest mit einer aus den von mir entwickelten Grundsätzen sich ergebenden Anwendung. Ich vertheidigte, wie das R. G. a. a. O., daß sich die Miethe zwischen dem Ersteher und dem Miether fortsetzt und stehe also nicht, wie Eccius dort ausspricht, im Gegensatz zu der Entscheidung des R. G. Wohl aber muß ich gegen die Ansicht von Eccius Widerspruch erheben, wonach „ein Unterschied in der Rechtsstellung des Erstehers und sonstigen Erwerbers nicht begründet sei." Hat der Verpächter im Pachtvertrag dem Pächter versprochen, innerhalb eines Jahres auf dem Pachtgut eine Zuckerfabrik zu bauen, so kann der Ersteher keineswegs wie ein sonstiger Käufer hierzu vom Pächter genöthigt werden. Denn es wird die Miethe während der Kündigungsfrist nur aufrecht erhalten, damit das Pachtverhältniß billiger und angemessener Weise seiner Entwickelung entgegengeführt werde. Verpflichtungen, welche darauf berechnet waren, daß die Pacht die vertragsmäßige Dauer habe, gehen daher auf den Ersteher nicht über.

28) L. R. I, 21 § 355. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 153. Förtsch bei Gruchot Bd. 9 S. 160. Entgangenen Gewinn kann der Miether vom Vermiether nur beanspruchen, wenn demselben böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 135.

29) Vgl. oben § 290 Anm. 6.

Grundgerechtigkeiten knüpfen sich nicht bloß an Grundstücke im engeren Sinn, sondern auch an Bergbaurechte und andere immobiliare Gerechtigkeiten.[3] Sie sind nicht bloß zu Gunsten und zu Lasten bestimmter einzelner Grundstücke, sondern auch größerer Gebiete, z. B. einer Gemeinde begründbar.[4]

Im Interesse möglichster Freiheit des Eigenthums hatten die Römer diese Gerechtigkeiten durch Rechtsregeln zwingenden Charakters in die engsten Grenzen eingeschlossen. Dem älteren deutschen Recht war solches Bestreben fremd. Zur Zeit des ausgehenden Mittelalters knüpften sich vielmehr an die Grundstücke zahlreiche Realrechte der umfassendsten und weitgehendsten Art. Denn man war geneigt, die Grundstücke zum Träger und Mittelpunkt von Vermögensrechten zu machen, welche ihre dauernde Ausstattung bildeten. Dazu kam, daß bei der wenig intensiven Landwirthschaft dingliche Rechte an landwirthschaftlichen Grundstücken nicht als besonders drückend erschienen.

Bei der Reception des römischen Rechtes nahm man zwar dessen Rechtssätze über die Grundgerechtigkeiten im Allgemeinen auf. Doch konnten sich dieselben dem überkommenen Rechtszustand Deutschlands gegenüber keineswegs schlechthin durchsetzen. Mehrere römischrechtliche Beschränkungen der Grundgerechtigkeiten kamen demnach niemals zu praktischer Geltung, andere erhielten die Bedeutung von Hilfsregeln für den Fall, daß eine entgegengesetzte Parteiabsicht nicht erhellt. Auf dieser Entwickelung ruht das preußische Recht.

1. Eigenthümlich war der römischen Grundgerechtigkeit die Anforderung einer causa perpetua, welche auf das herrschende, wie auch auf das dienende Grundstück Bezug hatte. Hiernach mußte in Rom die Grundgerechtigkeit einerseits einem dauernden Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes entsprechen, war somit zu bloß persönlichem Vortheil — z. B. dem besonderen Gewerbe oder subjektiven Neigungen — des zeitigen Eigenthümers, nicht begründbar; andererseits mußte das dienende Grundstück die fraglichen Vortheile dauernd vermöge seiner inneren Beschaffenheit gewähren, so daß es nicht genügte, wenn dieselben von der Thätigkeit des

1) L. R. I, 22 „Von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander." Korte über Grundgerechtigkeiten in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 282—440. Vgl. über gemeines Recht Dernburg Pand. Bd. 1 § 235 ff. Schrader Abhandlungen n. 5: Wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?

2) L. R. I, 22 §§ 11 und 12 bezeichnet als Grundgerechtigkeiten „die einem Grundstück gegen das andere zustehende Einschränkung des Eigenthümers des letzteren in der freien Ausübung seines Eigenthums." Hiermit wird offenbar nur die negative Seite, nicht der positive Inhalt der Grundgerechtigkeit hervorgehoben. So auch Eccius Bd. 3 § 187.

3) Striethorst Archiv Bd. 56 S. 44 gedenkt eines mit einer selbständigen Fleischbankgerechtigkeit verbundenen Hütungsrechtes.

4) R. G. Bd. 4 S. 131 erkennt die Servitut einer Röhrenleitung zu Gunsten eines Ortes in einem gemeinrechtlichen Fall an.

zeitigen Eigenthümers der dienenden Sache abhängig waren.[5] Das Landrecht kennt dieses Erforderniß nicht.[6] Es ist daher nach preußischem Rechte zulässig, eine Grundgerechtigkeit zu begründen, welche dem zeitigen Eigenthümer der Sache, z. B. bei seinem besonderen Gewerbe oder Fabrikbetrieb dient, auch wenn sie für das Grundstück nicht unter allen Umständen Werth hat.[7] Nicht weniger ist eine Grundgerechtigkeit zur Aneignung von solchen Vortheilen statthaft, welche nicht in der natürlichen Beschaffenheit des dienenden Grundstückes wurzeln, vielmehr künstliche Anlagen auf demselben oder Handlungen seines Besitzers voraussetzen.[8]

2. Nach römischem Rechte hatte — dies war Folge der Anforderung einer perpetua causa — die Servitut ihre nothwendige Begrenzung in dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes. Beispielsweise gab eine Prädialservitut auf Gewinnung von Töpfererde nur das Recht auf Gewinnung des Bedarfes des herrschenden Grundstückes, insbesondere zum Versand von Gutserzeugnissen, nicht aber zur Herstellung von Fabrikaten behufs selbständigen Verkaufes.[9]

Nach Landrecht ist diese Beschränkung keine nothwendige mehr. Es finden sich nicht selten Grundgerechtigkeiten, wonach aus der dienenden Sache bestimmte Mengen Holz oder Torf[10] oder Steine zu beliebiger Verwendung, insbesondere also auch zum Verkauf, entnommen werden können.[11] Der römische Grundsatz ist aber soweit übernommen, daß sich im Zweifel das

---

5) l. 28 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Was dauernden Verhältnissen des herrschenden Grundstückes und was nur den persönlichen Interessen des zeitigen Besitzers entspricht, konnte die römische Jurisprudenz nicht anders als nach den Verkehrsanschauungen ihrer Zeit bestimmen. Zu bloß persönlichen Annehmlichkeiten zählte man pomum decerpere, spatiari, cenare in alieno, l. 8 pr. D. de serv. 8, 1, aber auch das Recht zum Ablauf des Spülwassers l. 28 pr. D. de s. p. u. 8, 2. — Auf der anderen Seite verneinen die Römer die Zulässigkeit der Bestellung einer Wassergerechtigkeit an einer Cisterne, mangels der causa perpetua, weil das Cisternenwasser nur von Außen kommt, nicht aber dem dienenden Grundstück innerlich zugehört. Vgl. u. A. l. un. § 4 D. de fonte 43, 22.

6) Förster hielt das Erforderniß der causa perpetua sogar für das preußische Recht fest, was im Hinblick auf E. E. Ges. § 12 Abs. 2 von Bedeutung sein könnte. Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 11 hat dies aufgegeben. Auch für das gemeine Recht ist gegen die Geltung des Erfordernisses der causa perpetua Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 264 Anm. 28; dem widerspricht u. A. Windscheid Bd. 1 § 209 Anm. 8. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 8 n. 17.

7) Richtiger Ansicht nach ist z. B. möglich, eine subjektiv dingliche Wegegerechtigkeit zu Gunsten eines Hauses für Fuhren nach Aeckern, welche der Landbau treibende Hausbesitzer bloß gepachtet hat. Anders bei Gruchot Bd. 1 S. 275 ff.

8) Striethorst Archiv Bd. 42 S. 240 erwähnt das Recht, Felle auf der Mühlenwalke eines Anderen gegen Vergütung zu walken.

9) l. 6 D. de serv. pr. rust. 8, 3: sed si, ut vasa venirent, figulinae exercerentur, ususfructus erit. l. 5 § 1 D. eod.

10) Vgl. z. B. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 55.

11) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 287.

Maß einer unbestimmten Servitut nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstückes richtet.[12] So bei unbestimmten Holzungsberechtigungen,[13] ferner bei Waldstreuberechtigungen und anderen der Dungerzeugung dienlichen Rechten und bei Torfnutzungen. Das Bedürfniß wird — namentlich bei Gerechtigkeiten zum Zwecke der Feuerung und der Düngung[14] — der Art bestimmt, daß die eigenen Mittel des berechtigten Gutes vorher abgezogen werden.[15]

Das herrschende und das dienende Grundstück werden meistens benachbart sein. Rechtliches Erforderniß wie im römischen Rechte ist aber deren nachbarliche Lage nicht.[16] Zulässig ist z. B. eine Grundgerechtigkeit, wonach dem Flusse, welcher unser Grundstück mit Ueberschwemmung bedroht, Seitens eines der Oberlieger ein gewisser Wasserlauf nicht zugeführt werden, oder der Besitzer eines entfernten Waldes sein Holz an unserer Landungsstätte mit landen darf.

---

12) R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 944.

13) L. R. I, 22 § 203.

14) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 52. Nach Art. 4 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850 kommen zwar im Falle der Ablösung solcher Gerechtsame die eigenen Mittel des berechtigten Gutes in Anrechnung; es werden aber dem Berechtigten gehörige Torflager, welche zur Zeit der Anbringung des Ablösungsantrages noch nicht aufgedeckt waren, nicht berücksichtigt. — Reichen die eigenen Mittel des Berechtigten zu seinen Bedürfnissen aus, so wird sich folglich die Abfindung gleich Null stellen. Striethorst Archiv Bd. 79 S. 219.

15) R. G. Bd. 8 S. 213 giebt zwar zu, daß subjektiv dingliche Rechte an Grundstücken vorkommen, welche über das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes hinausgehen, leugnet jedoch, daß dieselben als „Grundgerechtigkeiten im Sinne des Landrechtes" aufzufassen seien. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 75, Bd. 32 S. 944. Die Begriffsbestimmung von L. R. I, 22 § 12 oben Anm. 2 ergiebt indessen für die Ansicht des Reichsgerichtes nichts. Ihr steht auch die Praxis des früheren Obertribunals entgegen, vgl. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 287. Dagegen mag zugestanden werden, daß das E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 12, welches die Grundgerechtigkeiten von der Eintragungspflicht entband, den engeren römischrechtlichen Begriff der Grundgerechtigkeiten vor Augen hatte, da es für die Gesammtmonarchie bestimmt war, zudem eine Besonderheit anordnete, welche nur für die Grundgerechtigkeiten im römischen Sinne passend erscheint.

16) Die alte römische Jurisprudenz hatte das Axiom entwickelt praedia vicina esse debent, wobei man ursprünglich Aneinanderstoßen der Grundstücke forderte. Vgl. l. 38 D. de serv. pr. r. 8, 3. Dies wendete man selbst auf Servituten zur Gewinnung von Gutsprodukten wie calcis coquendae, cretae eximendae an, obgleich hier die Beschränkung wenig inneren Grund hatte. l. 5 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Zwar hat man in der Kaiserzeit, dem praktischen Bedürfniß nachgebend, bei gewissen Servituten einen mäßigen Zwischenraum zwischen den Grundstücken nicht als schlechthin ausgeschlossen erachtet. l. 8 pr. D. de o. n. n. 39, 1. Doch geschah dies nur zögernd und nicht durchgreifend. l. 38 D. de serv. pr. r. 8, 3. Wenn Neuere unter Vicinität verstehen, die Lage der Grundstücke müsse der Art sein, daß sie die Benutzung des einen für das andere ermögliche, so liegt hierin eine Abschwächung des römischen Gedankens, welche denselben im Grunde verflüchtigt. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 240.

§ 293. Verhältniß der Grundgerechtigkeit zum Eigenthum.

1. Die Grundgerechtigkeit geht dem Eigenthum vor.

Daher erleidet eine Grundgerechtigkeit von bestimmtem Umfange, — s. g. gemessene — z. B. das Recht auf eine gewisse Quantität Holz oder das Behutungsrecht mit einer bestimmten Zahl Vieh, keine Verkürzung, wenn der Ertrag der dienenden Sache sich so vermindert, daß deren Eigenthümer nichts übrig behält. Es giebt sogar Grundgerechtigkeiten, z. B. das Recht eines Bergwerkes auf Benutzung einer Grundfläche, welche während ihres Bestehens dem Grundeigenthümer keinerlei Nutzung belassen, so daß nur die Möglichkeit dereinstiger Befreiung seinem Eigenthum Werth giebt.[1]

Gegenüber Servituten unbestimmten Umfangs — s. g. ungemessene — welchen nicht besonders Ausschließlichkeit beigelegt ist, gilt in Uebereinstimmung mit der älteren gemeinrechtlichen Lehre[2] der im Eigenthum liegende Anspruch auf entsprechende Nutzung nicht als beseitigt, so daß Theilung eintritt. Insbesondere hat der Eigenthümer eines mit einer unbestimmten Weidegerechtigkeit belasteten Grundstückes der Regel nach das Recht der Mithut,[3] ferner der Eigenthümer eines Privatflusses das Recht zur Fischerei neben demjenigen, welcher eine Fischereigerechtigkeit an dem Flusse erworben hat.[4] [5] Auch geht der Eigenthümer durch bloßen Nichtgebrauch dieses Rechtes nicht verlustig, da es einen Ausfluß seines Eigenthums bildet. Er verliert dasselbe nur, wenn der Servitutberechtigte ein Untersagungsrecht erworben hat.[6]

2. Der Inhalt der Servitut kann, wie nach römischem Recht, nicht in einer dem Berechtigten zu machenden Leistung bestehen.[7] Doch ist

---

1) Das Landeskulturedikt vom 14. September 1811 § 27 erkennt zwar als Grundsatz an, daß die Ausübung von Servituten die eigentliche Bestimmung der damit belegten Grundstücke nicht hindern dürfe, ergiebt aber auch, daß dieser Grundsatz keineswegs nach jeder Richtung hin durchgeführt ist, vielmehr nur gewissen einzelnen Rechtssätzen zu Grunde liegt.

2) Anders freilich die neueren Romanisten, vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 237 Anm. 5.

3) L. R. I, 22 § 89.

4) Vgl. oben § 230 bei Anm. 10.

5) Der Eigenthümer, welcher die Entnahme von Lehm zu Ziegelerde als Grundgerechtigkeit eingeräumt hat, ist berechtigt, gleichfalls Ziegel zu brennen, jedoch nur zu eigenem Bedarf, da er andernfalls die von ihm bewilligte Grundgerechtigkeit mit Untergang bedrohen würde. Striethorst Archiv Bd. 82 S. 300 ff.

6) Der Eigenthümer der dienenden Sache darf dieses Mitgebrauchsrecht an einen Dritten in Form einer Grundgerechtigkeit überlassen, wenn hierdurch der Servitutberechtigte keinen Nachtheil erleidet. Ueberhaupt kann der Eigenthümer nach der Bestellung einer Grundgerechtigkeit gleichartige Gerechtigkeiten in das Leben rufen. Aber das ältere Recht geht dem späteren vor.

7) l. 15 § 1 D. de servit. 8, 1: servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, velut viridia tollat . . . sed ut aliquid patiatur aut non faciat. l. 12 D. de annuis legatis 33, 1.

die Tragweite des Satzes eine andere als in Rom. Während es dort rechtlich unmöglich war, den jeweiligen Eigenthümer einer Sache mit der Verpflichtung zu einem Thun zu belasten, sind solche Belastungen nach Landrecht nicht ausgeschlossen. Nur bilden sie dann keine Grundgerechtigkeiten, sondern Reallasten.[8] Ferner war nach römischem Recht sogar unzulässig, den jeweiligen Eigenthümer der dienenden Sache durch Grundgerechtigkeiten auch nur zu unterstützender Thätigkeit zu verbinden,[9] so daß ihm mit der einzigen Ausnahme der servitus oneris ferendi, die zur Ausübung des Rechtes erforderte Instandhaltung der dienenden Sache nicht aufgelegt werden konnte. Nach Landrecht kann die Grundgerechtigkeit den Eigenthümer der dienenden Sache zu derartiger Mitwirkung verpflichten.[10] Zwar wird dies nicht allgemein vermuthet.[11] Der Eigenthümer der dienenden Sache gilt aber dann als zu deren Instandhaltung verpflichtet, wenn der Berechtigte die Grundgerechtigkeit durch lästigen Vertrag erworben hat.[12] Doch ist er selbst dann bei Beschädigungen durch „höhere Gewalt" nur verpflichtet die Wiederherstellung zu dulden.[13] Der Eigenthümer der dienenden Sache muß ferner zur Instandhaltung und Wiederherstellung derselben einen verhältnißmäßigen Beitrag liefern, wenn er die Vortheile, welche die Gerechtigkeit giebt, mitbenutzen will.[14] [15]

Bei manchen Grundgerechtigkeiten z. B. des Inhalts, dem fremden Grundstück Bodenbestandtheile zu entnehmen, ferner bei Waldstreu- und Holzungsgerechtigkeiten, ist der Eigenthümer der belasteten Sache zu einer vor-

---

8) Daher ist die rechtliche Behandlung eine verschiedene. Grundgerechtigkeiten haben gegenüber dritten Erwerbern der Sache Wirksamkeit auch ohne Eintragung. E. E. Gesetz § 12 Abs. 2. Reallasten bedürfen zur Wirksamkeit gegen Dritte regelmäßig der Eintragung, vgl. dort Abs. 1. Reallasten ferner unterliegen dem Ablösungsgesetz vom 2. März 1850, welches auf Grundgerechtigkeiten nicht anwendbar ist.

9) l. 6 § 2 D. si serv. vind. 8, 5: in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. l. 11 § 1 D. comm. praed. 8, 4.

10) Aehnlich Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 75 gegen Förster a. a. O. Auch gemeinrechtliche Praktiker nehmen an, der Eigenthümer könne durch besondere Feststellung zum Instandhalten des dienenden Grundstückes für die Ausübung der Dienstbarkeit verpflichtet werden. Vgl. Holzschuher Casuistik Bd. 2 § 111 unter 12. Bezüglich der Frage, ob und inwieweit die dem Eigenthümer obliegenden Pflichten auch den unvollständigen Besitzer treffen, sind die unten § 308 entwickelten Grundsätze maßgebend.

11) L. R. I, 22 § 30.

12) L. R. I, 22 § 35. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 408. Vgl. unten § 295 Anm. 3.

13) L. R. I, 22 § 37 ff.

14) L. R. I, 22 § 36.

15) Ueber die Reparaturpflicht des Eigenthümers einer das Nachbargebäude berührenden Mauer siehe unten § 300 bei Anm. 4. Ueber die Pflicht zur Wiederanpflanzung eines Waldes, an welchem Waldservituten bestehen, unten § 304 Anm. 13.

gängigen Anweisung der Theile des Bodens, in welchem das Recht auszuüben ist, also in gewissem Sinne gleichfalls zu einer Thätigkeit verbunden.[16]

3. Der volkswirthschaftliche Nutzen der Grundgerechtigkeiten wird dadurch bedingt, daß ihr Vortheil für das herrschende Grundstück ihren Nachtheil für das dienende überwiegt. Demgemäß ist es Aufgabe des Rechtes, diese Nachtheile, soweit es mit den wesentlichen Zielen neuer Gerechtigkeiten verträglich ist, zu mildern. Dasselbe fordert hiernach thunlichst schonende Ausübung der Grundgerechtigkeit durch den Berechtigten — civiliter uti.

Insbesondere steht dem Eigenthümer der dienenden Sache frei,[17] die Ausübung von Grundgerechtigkeiten auf einen besonderen Theil des dienenden Grundstückes zu beschränken, sofern dies ohne erhebliche Schädigung des Berechtigten möglich ist, wie vorzugsweise bei Wegerechten und Wasserleitungen,[18] aber auch bei Weidegerechtigkeiten und anderen ländlichen Servituten der Fall sein kann.[19] Durch solche Anweisung wird nicht das Recht selbst, sondern nur dessen Ausübung auf den angewiesenen Theil beschränkt. Wird diese daher später auf demselben unthunlich, so kann der Berechtigte immer noch andere Theile der dienenden Sache in Anspruch nehmen. Es kann auch der Eigenthümer der dienenden Sache eine Verlegung auf andere dem Servitutberechtigten gleich gut gelegene Theile erwirken, falls ihm dies neu eintretende Verhältnisse vortheilhaft machen.[20] Die Verweisung der Servitut auf ein von dem belasteten verschiedenes Grundstück bedarf allerdings regelmäßig der Zustimmung des Servitutberechtigten, selbst wenn sie ihm an sich unschädlich sein sollte. Nur bei Weidegerechtigkeiten kann ihm Verlegung auf andere gleich gut gelegene Stücke aufgezwungen werden.[21] Im Interesse der Landeskultur müssen sich ferner Servitutberechtigte, ebenso Miteigenthümer von Gemeingründen gefallen lassen, daß ihre bisher ungemessenen Nutzungsrechte auf ein bestimmtes Maß festgesetzt werden. Es gilt dies namentlich für Brennholz- und für Weideberechtigungen.[22]

---

16) Verordnung vom 5. März 1843 für die östlichen Provinzen § 4. L. R. I, 22 § 242. Unten § 304 bei Anm. 16.

17) l. 9 D. de servit. 8, 1.

18) Dies schon nach römischem Rechte l. 13 § 3. l. 21. l. 22 D. de serv. pr. r. 8, 3.

19) L. R. I, 22 § 29, vgl. §§ 80. 81. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 174. Unten § 304 bei Ziff. 3.

20) Striethorst Archiv Bd. 93 S. 366, anders Korte bei Gruchot Bd. 1 S. 397, oben Anm. 18.

21) L. R. I, 22 § 81. Unten § 303 bei Anm. 8.

22) L. R. I, 22 §§ 235. 236. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 166 ff.

Die Kosten der Verlegung oder Einschränkung trägt der Eigenthümer des belasteten Grundstückes in allen aufgeführten Fällen nach den Grundsätzen der Enteignung.

§ 294. Veränderungen der Grundgerechtigkeiten.[1]

1. Benutzungsweise und Bestimmung von servitutberechtigten Grundstücken ändert sich im Laufe der Zeit oft mehr oder minder. Kann nun die dienende Sache für die hierdurch entstandenen, erweiterten Bedürfnisse in Anspruch genommen werden? Da jene Wandelbarkeit naturgemäß ist, so gilt der Zustand, wie er zur Zeit der Begründung der Servitut war, keineswegs für immer. Vielmehr unterliegt die dienende Sache gesteigerten Ansprüchen, wenn die Zeitverhältnisse und die wirthschaftlichen Umstände eine veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstückes, z. B. dessen intensivere landwirthschaftliche Kultur, herbeiführen, vorausgesetzt, daß die ausdrücklich der Servitut gezogenen Grenzen nicht überschritten werden.

Immerhin kann der Servitutberechtigte die Gerechtigkeit nicht für außerordentliche neue Anlagen, z. B. von Fabriken auf einem früheren Ackergrundstücke, oder für willkürliche Vergrößerungen der herrschenden Sache, z. B. durch Zukäufe, benutzen, wenn die Belastung hierdurch erheblich erschwert wird.[2]

2. Welchen Einfluß hat eine Zerstückelung des herrschenden Grundstückes? Unrichtig ist die Ansicht, daß dann die Servitut bis zur Wiedervereinigung der Trennstücke wirkungslos werde. Vielmehr besteht das Grundstück trotz seiner Zerstückelung als herrschendes fort, wie dies für die Lasten, welche auf ihm ruhen, nie bezweifelt wurde.[3] Es ist aber zu unterscheiden, ob die Grundgerechtigkeit zu Gunsten eines bestimmten Theiles des herrschenden Gutes, z. B. der Wohngebäude, oder sämmtlicher

---

1) Elvers römische Servitutenlehre § 11.

2) Insbesondere bestimmt L. R. I, 22 § 71 für Wegegerechtigkeiten, daß sie der Berechtigte nicht „zu ganz neuen Anlagen" benutzen dürfe, dagegen, falls keine Beschränkung besonders vorgeschrieben sei, zu allen seinen Bedürfnissen. Es erheben sich gerade bei diesen Gerechtigkeiten häufig Zweifel. Erschwerung, welche durch Verwandelung eines Forstes in Ackerland entsteht, wird der Belastete dulden müssen, nicht die aus der Verwandelung eines Ackers in einen Steinbruch sich ergebende. Die Einrichtung von Fabriken auf bisher freiem Felde ist ebenfalls eine ganz neue Anlage. Bei Vergrößerung des herrschenden Grundstückes ist nach den Umständen zu befinden, ob die Veränderung den Belasteten wesentlich beschwert. Striethorst Archiv Bd. 69 S. 167. Seuffert Archiv Bd. 20 n. 16, Bd. 33 n. 290. Vgl. R. G. Bd. 1 S. 331. Ueber Errichtung eines einheitlichen Gebäudes auf mehreren Grundstücken, deren einem eine Grunddienstbarkeit auf einem dritten Grundstück zusteht, vgl. R. G. Bd. 27 S. 164.

3) R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 999. l. 23 § 3 D. de serv. praed. rust. 8, 3. l. 6 § 1 D. quemadmodum serv. am. 8, 6.

Theile desselben bestellt wurde. Im ersteren Falle verbleibt die Servitut bei einer Zertrennung ausschließlich jenem besonderen Theile; daher stehen z. B. bei Zerstückelung eines Bauernhofes die Rechte an dem gutsherrlichen Forste auf Bauholz regelmäßig dem alten Gehöfte zu, der neue abgezweigte Hof hat daran keinen Antheil.[4] Im zweiten Falle geht die Grundgerechtigkeit nach römischem wie nach preußischem Rechte, sofern sie nicht vertragsmäßig auf einzelne Trennstücke beschränkt wird, auf sämmtliche Trennstücke über.[5] Hatte die Servitut ein bestimmtes Maß, wie das Weiderecht mit einer bestimmten Zahl von Schafen, so erhält dann jedes Grundstück ein seiner Größe entsprechendes Theilrecht.[6] Auch bei einer unbestimmten Grundgerechtigkeit tritt Theilung ein, wenn die Lage des belasteten Objektes ohne solche unverhältnißmäßig erschwert würde.[7] Ist dies nicht der Fall, — man denke an eine Weggerechtigkeit —, so haben die Eigenthümer aller Trennstücke die gleichmäßige vollständige Ausübung des Rechtes.[8]

Insofern sich die Grundgerechtigkeit an gewisse Eigenschaften des herrschenden Grundstücks knüpft, müssen sich dieselben bei jedem Trennstück finden, welches an dem Rechte Theil haben soll. An einer Sommerweide z. B. kann ein Trennstück vom herrschenden Gute nur Theil nehmen, wenn es im Stande ist, mit seinen Futtermitteln wenigstens ein Stück Vieh zu überwintern.[9]

3. Bestritten ist nach preußischem Rechte, ob eine Uebertragung der Grundgerechtigkeit von dem herrschenden auf ein anderes Grundstück ohne Zustimmung des Belasteten zulässig ist. Natürlich ist die-

4) Vgl. Art. 96 der Deklaration vom 29. Mai 1816. Rechtsfälle des O. Trib. (1848) Bd. 3 S. 198 n. 99. Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 231, Bd. 45 S. 259. Siehe aber auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 944.

5) Daß es zulässig ist, die Servitut „ad certam partem fundi remittere" ergiebt l. 6 D. de serv. 8, 1. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 50.

6) l. 25 D. de serv. pr. r. 8, 3 . . . pro modo agri detenti aut alienati fit ejus aquae divisio.

7) Z. B. aus dem Wohnhause, welchem eine unbestimmte Brennholzgerechtigkeit zustand, wurden mittels Scheidemauer zwei Wohnungen gebildet. Hier hat jeder der Eigenthümer die Berechtigung mit der Maßgabe, daß sie an jedem Holztage nur von einem ausgeübt werden darf. Rechtsfälle a. a. O. Bd. 3 n. 125.

8) R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 1000. l. 6 § 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6.

9) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 227 ff. — Mit den ausgeführten Grundsätzen stimmen die Entscheidungen des Obertribunals bezüglich der Waldstreuberechtigung nicht überein. Das Obertribunal behauptete nämlich, daß das Recht zur Entnahme des wirthschaftlichen Bedarfes an Streu aus dem Walde eines Anderen, welches einem gewissen Gut als Ganzem zugestanden, nicht ohne Weiteres auf die Erwerber der daraus abgezweigten Trennstücke zum entsprechenden Theile übergehe. Doch sei das Streulingsrecht nicht erloschen, könne vielmehr gemeinschaftlich ausgeübt werden, auch in Folge einer Zusammenlegung des Hofes wieder zur Geltung kommen. Striethorst Archiv Bd. 4 S. 257, Bd. 29 S. 198. Freilich ist es von Bedeutung für die Forstwirthschaft, daß das Recht auf Waldstreu in engen Grenzen gehalten wird, doch kann dieser Grund die Entscheidung nicht rechtfertigen.

selbe bei Servituten unmöglich, welche auf einer besonderen Gestaltung des herrschenden Grundstückes beruhen, z. B. der Gerechtigkeit, auf dem Nachbarhause einen Tragbalken zu haben, nicht minder für diejenigen, welche sich nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstückes bemessen, z. B. Weggerechtigkeiten. Dagegen kann die Frage entstehen bei Gerechtigkeiten, welche eine bestimmte Fruchtnutzung gewähren, z. B. dem Rechte, eine gewisse Zahl von Klaftern Holz — auch zum Verkauf — zu fällen. Grundsätzlich ist zwar auch hier eine Uebertragung nicht zu rechtfertigen. Gleichwohl läßt sie das Landrecht aus Nützlichkeitsgründen zu, wenn das Recht nicht bloß auf die Nothdurft der herrschenden Sache beschränkt und die Lage der dienenden Sache durch Uebertragung nicht verschlechtert wird.[10]

Nach römischem Rechte konnte man Grundgerechtigkeiten nicht einmal getrennt verpachten oder sonst deren Ausübung, z. B. den Bezug einer gewissen Wassermasse, einem Dritten abtreten.[11] Nach preußischem Rechte ist richtiger Ansicht nach Abtretung der Ausübung dann zulässig, wenn sich durch dieselbe die Lage der dienenden Sache nicht verschlechtert.

4. Wird das dienende Grundstück getheilt, so bleibt die Grundgerechtigkeit an jedem Trennstück bestehen, wie dasselbe bisher als Bestandtheil des Ganzen haftete.[12]

Bei derartigen Zertheilungen des herrschenden oder dienenden Grundstückes kann die Grundgerechtigkeit zum Nachtheil des einen Trennstücks, oder zu dessen Gunsten, z. B. durch Verjährung, erlöschen, während sie zu Gunsten eines anderen Trennstückes oder zu deren Lasten bestehen bleibt.

§ 295. Inhalt. Eintheilung der Grundgerechtigkeiten.

Die Arten der Grundgerechtigkeiten sind nicht geschlossen, vielmehr können sich nach Bedürfniß neue Arten bilden.

Grundgerechtigkeiten gewähren bald bloßen Gebrauch des dienenden Grundstückes, bald Antheil an dessen Erträgnissen, z. B. Lehm, Sand, Kalk, Steinen, Torf, nicht verleihbaren Mineralien. Es kommt vor, daß sie den Ertrag des dienenden Grundstückes vollständig in Anspruch nehmen.[1]

Der Inhalt der Grundgerechtigkeit muß bei ihrer Begründung so bezeichnet sein, daß sich ein Urtheil über Art und Umfang gewinnen läßt.[2] Im Zweifel ist das Recht inbegriffen, diejenigen Anlagen auf dem dienenden

---

10) L. R. I, 19 §§ 22. 23. Das Obertribunal war geneigt, die Uebertragbarkeit möglichst festzuhalten. Entsch. Bd. 9 S. 246, Striethorst Archiv Bd. 52 S. 208. So auch Eccius Bd. 3 § 185 Anm. 60. Vgl. aber oben § 38 im Text nach Anm. 6.

11) Vgl. z. B. l. 44 D. locati 19, 2. l. 24 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

12) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 999.

1) L. R. I, 22 § 241. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 287.

Grundstück zu errichten und zu erhalten, welche zur ordnungsmäßigen Ausübung der Servitut erforderlich sind.[3]

Haupteintheilungen sind folgende:

1. Grundgerechtigkeiten, welche für Jedermann durch dauernde, der Ausübung dienende Anlagen erkennbar sind, s. g. servitutes apparentes, im Gegensatz zu den solcher Art nicht erkennbaren.[4] Diese Eintheilung, für die landrechtlichen Vorschriften von Bedeutung, hat durch die spätere Gesetzgebung an Wichtigkeit verloren.

2. Gleicherweise zeichnet das Landrecht diejenigen Grundgerechtigkeiten aus, durch welche der Ertrag der dienenden Sache nicht geschmälert wird.[5] Ob solche Schmälerung vorliegt, ist Sache thatsächlicher Würdigung.

3. Die römische Unterscheidung in serv. praediorum rusticorum und serv. pr. urbanorum hat ihren Grund in der Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes.[6] Aber früher war die Meinung weit verbreitet, bei jener Eintheilung sei die Eigenschaft des dienenden Grundstücks bestimmend.[7] An diese Ansicht schließt sich das Landrecht, indem es Grundgerechtigkeiten an Gebäuden besonders hervorhebt. Praktische Folgen knüpfen sich hieran nicht.[8]

4. Die gemeinrechtliche Lehre unterscheidet vom Standpunkte des Berechtigten ausgehend, affirmative und negative Servituten. Affirmative Servituten geben dem Berechtigten Befugnisse zum Thun oder Haben auf dem dienenden Grundstück, so daß dessen Eigenthümer zu dulden hat — s. quae in patiendo consistunt —, negative Servituten bestehen in Untersagungsrechten, also in dem Anspruche auf Nichtthun des Eigenthümers der dienenden Sache. Die preußische Rechtssprache hingegen, auch hier von der Lage des Belasteten ausgehend, bezeichnet solche Servituten, welche zum Dulden verpflichten, als negative, solche aber, welche Unterlassen fordern, als Untersagungsrechte.[9]

§ 296. Entstehung der Grundgerechtigkeiten im Allgemeinen.

Zur Entstehung einer Grundgerechtigkeit bedarf es eines besonderen Begründungsaktes. Unmittelbar auf dem Gesetze beruhende Einschränkungen der

2) l. 7 D. comm. praed. 8, 4.
3) L. R. I, 22 § 32 ff. Glück Bd. 10 S. 62 s. g. adminicula servitutum.
4) L. R. I, 22 § 16 ff. Aehnlich code Napoléon art. 689.
5) L. R. I, 22 § 17.
6) pr. § 1 ff. J. de serv. pr. 2, 3. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 239.
7) Glück Bd. 9 S. 21.
8) Marginale „Grundgerechtigkeiten auf Gebäude" zu L. R. I, 22 § 55.
9) Vgl. oben § 39. Korte bei Ulrich Archiv Bd. 11 S. 386. L. R. I, 7 §§ 81. 86.

Grundstücke zu Gunsten ihrer Nachbargrundstücke, Legalservituten, sind den Grunddienstbarkeiten zwar verwandt, nicht aber schlechthin einzuordnen.[1]

Insbesondere ist Entstehungsgrund Bewilligung des Eigenthümers der belasteten Sache;[2] sie kann durch Vertrag oder Vermächtniß geschehen. Daß der Bewilligende eingetragener Eigenthümer des dienenden Grundstückes sei, ist nicht erforderlich; es kann z. B. der nicht eingetragene Erbe des eingetragenen Eigenthümers ein Servitut einräumen. Dagegen genügt die Bewilligung des Käufers, welchem das Grundstück, an dem er die Servitut einräumt, übergeben, aber nicht aufgelassen wurde, nicht; sie erzeugt vielmehr bloßen Ersitzungsbesitz, die Bestellung wird aber im Falle nachträglicher Auflassung an den Besteller oder seinen Rechtsnachfolger hinterher gültig. Steht die belastete Sache im Miteigenthum, so ist Bewilligung aller Miteigenthümer erforderlich.[3] Diese muß aber nicht gleichzeitig erfolgen. Die Bewilligung einzelner Miteigenthümer bindet sie und ihre Erben, bis sich entschieden hat, ob die Gesammtheit zustimmt oder nicht. Kann der Käufer, welchem ein Grundstück nur übergeben, nicht aufgelassen wurde, demselben ein Servitut erwerben, obgleich er im Rechtssinne noch nicht dessen Eigenthümer ist? Es ist ihm und seinen Rechtsnachfolgern publicianischer Schutz der Servitut nicht

---

1) Oben § 221. Auch das Landrecht scheidet ausdrücklich gesetzliche und nothwendige Einschränkungen des Eigenthumes I, 22 § 1 ff. von den „Grundgerechtigkeiten" I, 22 § 11 ff.

2) Die Absicht muß gewesen sein, ein Recht zu bewilligen, nicht bloß eine frei widerrufliche Vergünstigung einzuräumen. Die Bewilligung kann auch gegen Entgelt, namentlich gegen Zins, geschehen. — Die Deklaration wegen der Einmiethe zum Raff- und Leseholz aus den königlichen Forsten in der Kur- und Neumark vom 18. August 1806 § 3 bestimmte, die Amtsunterthanen sollen nicht anders, als im Falle des Holzmangels zurückgewiesen werden, aber verbunden sein, die Haidemiethe, so „wie wir solche nach Zeit und Umständen zu bestimmen, zu erhöhen oder zu ändern gut finden werden, zu erlegen!" Das Obertribunal hat Entsch. 21 S. 292 behauptet, es liege hierin keine Grundgerechtigkeit, sondern nur ein Miethverhältniß. Es sind dies aber keine Gegensätze. Jenes Recht bildete vielmehr ein Servitut, da es unwiderruflich und dauernd bestehen sollte.

3) Sind hiernach bezüglich des Miteigenthums im Allgemeinen die römischen Grundsätze zu übernehmen, so gilt dies doch keineswegs von allen Folgesätzen, welche die Römer aus denselben ableiteten. Unter Anderem ist die Vererblichkeit der Gebundenheit des Miteigenthümers nicht, wie in Rom — l. 18 D. comm. praed. 8, 4 — zu verneinen, denn pekuniäre Rechte und Pflichten sind in der Regel vererblich. Insbesondere hat der Satz des römischen Rechtes keine Bedeutung, den l. 6 § 3 D. comm. praed. 8, 4 dahin formulirt: si alterae unius propriae sint aedes, alterae communes, neutris servitutem vel adquirere vel imponere me posse. Das römische Recht hielt in diesen Fällen die Bestellung der Servitut für unmöglich, weil der Miteigenthümer zu seinem Theile zugleich Erwerber und Belasteter wäre. Dem heutigen Rechte ist eine solche Doppelstellung nichts Fremdes, wenn sie durch reale Lebensinteressen, wie hier gefordert wird. Ebenso Eccius gegen Förster Bd. 3 § 187 Anm. 27, indem er mit Recht die Verschiedenheit des heutigen Miteigenthums vom römischen betont und hervorhebt, daß sich ein von der Zustimmung des einzelnen Miteigenthümers absehender Wille durch Mehrheitsbeschluß bilden kann. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 108.

zu versagen, der Eigenthümer aber kann die Servitut nicht geltend machen, da sie dem Grundstück nicht erworben ist.[4] — Auch zum Erwerb einer Grundgerechtigkeit ist die Mitwirkung aller Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes erfordert; doch hat jeder von ihnen — L. R. I 13 § 120 — vermuthete Vollmacht für die übrigen.

Verträge über Bestellung von Grundgerechtigkeiten bedürfen der Schriftlichkeit. Eine gegen Entgelt auf Grund mündlichen Vertrages eingeräumte Grundgerechtigkeit kann jedoch wegen des Formmangels nur Seitens des Bestellers und seiner Erben, nicht aber durch einen Sondernachfolger desselben angefochten werden, es sei ihm denn das Rücktrittsrecht besonders abgetreten.[5]

Schlechthin unwirksam ist der mündliche Vertrag über Gerechtigkeiten, deren Beseitigung die Gemeinheitstheilungsordnung bezweckt. Derartige Gerechtigkeiten können selbst durch schriftlichen Vertrag nur als ablösbare begründet werden, und bloß so, daß Ausschließung der Ablösbarkeit auf längere Zeit als zehn Jahre unzulässig ist.[6]

Ausdrücklich muß die Bestellung der Servituten nicht geschehen, sie ergiebt sich vielmehr nicht selten im Wege der Auslegung eines schriftlichen Vertrages. So gilt im Zweifel eine Grundgerechtigkeit als bewilligt, wenn ein Grundstück so veräußert wurde, „wie es besessen und benutzt wurde," falls der Veräußerer zu dessen Bewirthschaftung bisher regelmäßig ein zweites ihm zugehöriges Grundstück, namentlich mittels auf ihm befindlicher dauernder Anlagen, in Anspruch genommen hatte.[7] [8]

---

4) Auch der Erbpächter war zur Bestellung von Grundgerechtigkeiten am Erbpachtgut befugt — R. G. Bd. 27 S. 441 — nach dem Vorbild des römischen Emphyteuta.

5) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 113, und 34 S. 999. Rehbein und Reincke zu § 13 L. R. I, 22; dagegen Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 7. Vgl. L. R. I, 5 § 135, I, 22 § 13, oben § 98 Anm. 19. Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 22, Bd. 51 S. 53. Hat der Besteller in Gemäßheit des mündlichen Vertrages die Anlage von ihrer Bestimmung nach dauernden Baulichkeiten behufs Ausübung der Servitut geduldet und verlangt er gleichwohl die Beseitigung derselben, indem er den Vertrag wegen seines Formmangels anficht, so wird ihm eine exceptio doli entgegentreten. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 114.

6) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §§ 164. 27, und vom 2. März 1850 Art. 12, Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 151.

7) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 1 S. 163, Bd. 7 S. 228 ff., Bd. 26 S. 100. Abweichend ebendaselbst Bd. 23 S. 23 und Entsch. d. O. Trib. Bd. 30 S. 100, Präj. n. 2008, O. Trib. Bd. 79 S. 280. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 255. Unrichtig lehrt Eccius Bd. 3 § 187 bei Anm. 33 „die Forderung der Schriftlichkeit enthält in sich die Forderung der Ausdrücklichkeit der Erklärung", denn „wenn die Worte nicht direkt auf die Servitut lauten", so ist sie eben nicht ausdrücklich bestellt. Vgl. oben § 94 Anm. 9. Eccius selbst spricht a. a. O. S. 384 „von einer im mündlichen Vertrag ausdrücklich erklärten oder hinein zu deutenden Begründung einer Grundgerechtigkeit."

Der Schriftvertrag über Bestellung der Servitut macht deren nähere Bestimmung nicht selten von einer Anweisung Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache abhängig. Es genügt dann mündliche Anweisung.[9]

Der Besitzübergabe bedarf es neben dem schriftlichen Vertrage nicht. Hierin liegt allerdings eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen des Landrechtes; sie ist aber um deswillen erklärlich, weil die Besitzeshandlung, wodurch eine Grundgerechtigkeit ausgeübt wird, diesem Rechte stetige äußere Erkennbarkeit nur in geringem Grade verleiht.[10] [11] Das Landrecht schrieb Eintragung derjenigen Grundgerechtigkeiten vor, welche den Nutzungsertrag des belasteten Grundstückes schmälerten und gleichwohl nicht durch Anlagen oder andere Kennzeichen offensichtlich waren. Deshalb sollten sich solche Rechte gegen Sondernachfolger des Bestellers nur erhalten im Falle ausdrücklicher Uebernahme, oder durch Eintragung, welche letztere innerhalb zwei Jahren, von der Veräußerung an gerechnet, auch gegen Dritte zulässig blieb. Des weiteren wurde die Ersitzung dieser Grundgerechtigkeiten davon abhängig gemacht, daß sie gegen den Besitzer oder seine Erben vollendet wurde, gegen welchen sie angefangen hatte.[12] Die Bestimmungen über die Nothwendigkeit der Eintragung wurden indessen bereits unterm 30. December 1798 außer Kraft gesetzt.[13]

---

8) Noch weiter geht L. R. I, 22 § 15. „Ist zur Ausübung der von dem angeblich Berechtigten behaupteten Befugniß eine neue Anlage in dem belasteten Grundstück gemacht worden, so gilt die Vermuthung, daß dem Begünstigten eine wirkliche Grundgerechtigkeit hat eingeräumt werden sollen." Das Obertribunal bezieht allerdings diesen Ausspruch nur auf den Verjährungsbesitz, von dem der vorhergehende § 14 handelt, und leitet demgemäß den Satz her, daß das Vorhandensein einer solchen Anlage gegen die prekaristische Natur der behufs Beweises der Verjährung vorgebrachten Besitzhandlungen spreche. Präj. des Obertrib. n. 1400. Diese Auslegung ist jedoch nicht zu billigen. Vgl. Koch zu L. R. I, 22 § 15. Dieselbe steht nicht im Einklang mit dem Wortlaut des Paragraphen, welcher von der Vermuthung für eine Grundgerechtigkeit, nicht für deren Rechtsbesitz spricht; sie widerstrebt aber auch seiner Entstehungsgeschichte. Denn der Paragraph fand sich bereits gleichlautend im Gesetzbuche von 1787 II, 3 Tit. 21 § 18, ohne daß dort der — erst später eingeschobene — Paragraph über die Verjährung vorherging. Siehe auch R. G. Bd. 13 S. 252.

9) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 53 S. 74. Dies unerachtet L. R. I, 5 § 135.

10) So, und zwar mit Recht, die Praxis. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 36 S. 65, Bd. 74 S. 76 ff. Dagegen fordern Korte in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 430, sowie Förster Bd. 3 § 187 Quasitradition, weil sie nach den allgemeinen Grundsätzen des L. R. I, 9 §§ 1—3 zu jedem Erwerb eines dinglichen Rechtes erforderlich sei. Allein L. R. I, 9 § 4 hebt hervor, daß hiervon die Fälle ausgenommen seien, in welchen die Gesetze die Erwerbung des Eigenthums schon mit einer gewissen Begebenheit oder Willensäußerung allein ausdrücklich verbinden. Ein solcher Fall liegt gerade im L. R. I, 22 § 13, wonach Grunddienstbarkeiten durch rechtsgültige Willenserklärung eingeräumt werden können. Gegen Förster auch Eccius a. a. O. Bd. 3 § 187 Anm. 53.

11) Ebensowenig wird richtiger Ansicht nach Quasitradition im jüngsten römischen Rechte verlangt. Dernburg Pand. Bd. 1 § 251 bei Anm. 15. Der römische Satz ging insofern weiter, als er sich auch auf Personalservituten bezog.

12) L. R. I, 22 §§ 16—24.

Auch nach jetzigem Grundbuchrechte bedürfen Grundgerechtigkeiten zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung nicht.[14 15]

§ 297. Obrigkeitliche Verfügung.[1]

1. Zwangsweise entstehen nicht selten Grundgerechtigkeiten durch Anordnungen der Verwaltungsbehörden; so zu Zwecken des Bergbaues, zu Entwässerungs- oder Bewässerungsanlagen, bei Gemeinheitstheilungen. Durch richterliche Verfügungen werden ferner Grundgerechtigkeiten in Nothfällen begründet.[2] Das römische Recht ließ nur im religiösen Interesse die zwangsweise Bestellung eines Weges nach sonst unzugänglichen Begräbnißstätten zu.[3] In älteren deutschen Quellen dagegen wird mehrfach ein Anspruch auf einen Nothweg anerkannt, vorzugsweise veranlaßt durch das Durcheinanderliegen der Grundstücke der Dorfbewohner. Nicht selten bildete sich sogar gewohnheitsrechtlich, daß sich die Dorfgenossen gegenseitig den Weg zu ihren Aeckern zu verstatten hatten.[4] Wo solches Herkommen fehlte, fand die gemeinrechtliche Praxis in jenem römischen Satze, welchen sie verallgemeinerte, die Handhabe für den Richter, um einen Nothweg zu schaffen.[5] Es lag nahe, den Richter für befugt anzusehen, in allen Fällen dringenden Bedürfnisses gegen Entschädigung Grundgerechtigkeiten aufzulegen.[6] Das preußische Recht, auch hier das Nützliche über starres Recht stellend, hat sich dem angeschlossen.

2. Regelmäßige Voraussetzung der nothwendigen Servitut ist, daß der ordnungsmäßige Gebrauch des Grundstückes ohne deren Einräumung nicht

---

13) N. C. C. tom. X, p. 1839. Nach Anh. 58 zum L. R. I, 22 § 18 kann der Berechtigte die Eintragung auf seine Kosten fordern, falls die Grundgerechtigkeit feststeht, Bewilligung des Eigenthümers der dienenden Sache zur Eintragung ist nicht erforderlich.

14) E. E. G. § 12. Dies bezieht R. G. Bd. 8 S. 207 nur auf Grundgerechtigkeiten im engeren Sinne, die ihr Maß im Bedürfniß des herrschenden Grundstückes haben. Vgl. oben § 292 Anm. 15.

15) Eine gleichwohl erfolgende Eintragung thut die Grundgerechtigkeit dar, begründete sie aber nicht. Ueber deren Inhalt und Umfang entscheidet daher der Erwerbstitel, nicht der Eintragungsvermerk R. G. Bd. 28 S. 324, es sei denn einverständlich die Absicht gewesen, daß das Eingetragene fortan allein maßgebend sei.

1) Böle, die s. g. nothwendige Servitut in Ulrichs Archiv Bd. 1 S. 25 ff. Koch, Recht der Forderungen Bd. 3 § 209. Ueber gemeines Recht: Elvers Themis Bd. 1 S. 75. Hesse, Grundstücksnachbarn S. 541.

2) Nach römischem Recht begründete der Richter Servituten auch in Theilungsprozessen l. 22 § 3 D. fam. erc. 10, 2. Nach preußischem Rechte ist dies ohne Einwilligung der Betheiligten nicht möglich.

3) l. 12 pr. D. de religiosis 11, 7.

4) Gerber P. R. § 86, Kraut § 98 n. 13 ff. Stobbe d. P. R. Bd. 2 Anm. 4.

5) Bereits Dionysius Gothofredus in seinen Anmerkungen zum corpus juris l. 12 pr. D. de religiosis läßt den Nothweg zu, was sicher zu dessen Anerkennung in der Praxis beitrug.

6) Gmelin und Elsässer, gemeinnützige Beobachtungen Bd. 2 Nr. 3. Glück Bd. 9 S. 101. Vgl. auch Roth bayer. C. R. Bd. 2 § 153 Anm. 27.

möglich ist.[7] Daß der Kläger das Grundstück auch ohne dieselbe bei völlig veränderter Kulturart, z. B. durch Holzbepflanzung, benutzen könnte, steht dem Anspruche nicht entgegen,[8] ebensowenig, daß Kläger, sich durch außergewöhnliche und unverhältnißmäßig kostspielige Anlagen, z. B. Bau einer Brücke oder Haltung eines Schiffes, Zutritt zu seinem Grundstücke verschaffen könnte.[9] Dagegen fällt jeder Anspruch weg, wenn dem Kläger bereits ein ausreichendes Recht gegen Dritte auf Bestellung einer Servitut zusteht, da dann kein Nothstand vorliegt.[10] Nicht richtig ist es, den Einwand zuzulassen, daß ein anderer Nachbar durch die Servitut weniger belästigt würde. Wohl aber kann sich Beklagter darauf berufen, daß die leichtere Gewährung der Servitut durch den Nachbar so offenbar sei, daß die Inanspruchnahme des Beklagten als Chikane erscheinen.[11] Die Nothservitut kann endlich nicht begehren, wer sich durch willkürliche Veränderungen in Gestalt, Hauptbestimmung oder Nutzungsart seines Grundstücks in die Nothlage versetzt hat.[12]

Die Klage auf Einräumung des Nothwegs ist gegen den Eigenthümer des in Anspruch genommenen Grundstückes, und wenn dasselbe im Miteigenthume steht, gegen dessen sämmtliche Miteigenthümer zu richten. Dagegen ist Zuziehung der am Grundstück dinglich Berechtigten nicht erforderlich, da sie die Servitut als nothwendige dulden müssen. Nur wenn der auf den Nothweg Klagende mit dem beklagten Nachbar kolludirt, haben sie das Recht der Einsprache. Auch können die Realgläubiger die Entschädigung als theilweises Surrogat des Pfandgrundstücks in Anspruch nehmen.[13] Von Amtswegen werden aber ihre Ansprüche nicht gewahrt.

---

7) L. R. I, 22 § 3 ff. Roth bayer. C. R. Bd. 2 § 153. Unsere früheren Auflagen sprachen vom „bisherigen“ Gebrauche.

8) Striethorst Archiv Bd. 31 S. 114 ff.

9) Vgl. Simon Rechtssprüche Bd. 1 S. 55.

10) Zur Zeit ist der Antrag des Klägers also unbegründet, wenn sein Verkäufer sich verpflichtete, ihm für das verkaufte Grundstück einen Weg anzuweisen. Der Anspruch beginnt aber, wenn die Gewährung des Versprechens vom Verpflichteten nicht zu erlangen ist, insbesondere wenn derselbe das zum Dienen bestimmte Grundstück weiter veräußert hat.

11) Da das Gesetz im Bedürfnißfalle den Nachbar zum Nothwege verpflichtet, so kann die bloße Möglichkeit, einen Weg von einem Nachbar, welchem derselbe weniger beschwerlich fällt, zu erhalten, den Anspruch nicht — wie Präjudiz des O. Trib. 1027 annahm — ausschließen. Auch könnte die Abwälzung der Pflicht von dem einen auf einen anderen Nachbarn, gegen welchen die im Prozeß mit dem ersteren ergangene Entscheidung keine Rechtskraft macht, zu endloser Verweitläufigung führen. Manche gemeinrechtliche Schriftsteller fordern, um diesem Bedenken zu begegnen, daß die Klage gegen alle Angrenzer gerichtet und dem officium judicis die Auswahl überlassen werde, was dann gleichfalls weitläufig und kostspielig war und nach preußischem Recht als unzuläſſig gilt. Striethorst Archiv Bd. 8 S. 61.

12) L. R. I, 22 § 8. Entsch. des O. Trib. Bd. 46 S. 153. Seuffert Archiv Bd. 13, 210.

13) Vgl. oben § 187.

Der Richter hat den Wegezug nach seinem Ermessen zu bestimmen; an den in der Klage etwa bezeichneten Weg ist er nicht gebunden; auch gehört dessen Bezeichnung nicht zur Substanziirung der Klage. Die Verurtheilung hat die Ausübung des Rechtes an die Sicherstellung einer jährlichen, im voraus zu leistenden Entschädigungsrente[14] zu knüpfen, falls sich die Parteien über eine Kapitalvergütung nicht einigen. Bei Bemessung der Entschädigung, welche durch Schiedsrichter[15] — Arbitratoren — geschieht, ist in erster Linie auf den Schaden, welchen das belastete Grundstück durch die Nothservitut erleidet, Rücksicht zu nehmen,[16] falls derselbe aber nicht schätzbar sein sollte, möglichst der Preis, welcher bei freiwilligem Kaufe angemessenerweise gefordert werden könnte, zu Grunde zu legen. Nur mittels Klage oder Widerklage kann die Bestellung des Nothwegs gefordert werden. Eine Einrede läßt sich auf das Bedürfniß der Bestellung nicht stützen, da es sich nicht um Anerkennung einer bestehenden Verpflichtung handelt, sondern um Schaffung eines neuen Rechtes. Daher treffen auch den unterliegenden Beklagten die Kosten nicht unbedingt.[17] Vielmehr ist — analog den Bestimmungen des Berggesetzes[18] über Abtretung zu den Zwecken des Bergwerkes — anzunehmen, daß Kläger die Kosten des Verfahrens erster Instanz schlechthin zu tragen hat, und die gewöhnlichen Grundsätze über Verurtheilung in die Kosten erst in den weiteren Instanzen eintreten.[19]

Ausnahmsweise kann eine richterliche Servitut nicht bloß zur Erhaltung des bisherigen Gebrauches, sondern zu erheblichen Verbesserungen eines Grundstücks begehrt werden. Hierzu ist erforderlich, daß der Inanspruchgenommene durch die Nothservitut an dem bisherigen Gebrauche

14) Striethorst Archiv Bd. 81 S. 154 ff. Zur Klage ist das Anerbieten eines bestimmten Betrages der Entschädigung nicht erforderlich, sondern die erklärte Bereitwilligkeit zur Uebernahme der Vergütung genügend. Entsch. Bd. 30 S. 99. Die Entschädigungsrente ist Reallast, unten § 307 Anm. 7.

15) L. R. I, 22 § 7.

16) L. R. I 22 § 5. Vgl. unten Bd. 2 § 22 bei Ziffer 2a.

17) Zu der „billigen Vergütung" des Enteigneten gehört der Natur der Sache nach auch Erstattung der Kosten des Verfahrens, so weit Beklagter nicht durch sein Verhalten zu denselben Anlaß gab; vgl. R. C. P. O. § 89. Nicht zutreffend ist es, wenn Eccius bei Förster Bd. 3 § 187 Anm. 39 gegen unsere Erörterung geltend macht, daß der Beklagte die Grundgerechtigkeit freiwillig hätte bestellen können, also sich nicht beschweren könne, wenn er durch den Prozeß kostenpflichtig werde. Er ist nur gehalten, sich die richterliche Bestimmung gefallen zu lassen und zwar gegen eine nach L. R. I, 22 § 7 zu ermittelnde Entschädigung. Vgl. Koch zu L. R. I, 22 § 3.

18) A. Berg. G. § 147, vgl. oben § 267 Anm. 14. Auch Rehbein und Reincke ziehen § 147 zu L. R. I, 22 § 3 an, desgleichen oben § 267 Anm. 14, Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §§ 31. 43.

19) Da die Klage, obgleich eine persönliche, gegen den Besitzer des Nachbargrundstückes als solchen geht, so kann sie im Gerichtsstand der belegenen Sache erhoben werden. A. G. O. I, 2 § 112. R. C. P. O. § 27.

seiner Sache und etwaigen nützlichen Verbesserungen derselben nicht gehindert werde.[20] [21]

Die Nothservitut erlischt, wenn das Bedürfniß derselben völlig verschwunden ist. Die etwa für sie geleistete Kapitalvergütung ist dann zinslos zurückzuerstatten.[22]

§ 298. Erwerbende Verjährung von Grundgerechtigkeiten.[1]

1. Kaum eine Frage ist für die Grundgerechtigkeiten so wichtig, als die nach ihrer Begründbarkeit durch Verjährung. Einestheils legt leichte Zulassung der Ersitzung die Gefahr nahe, daß freundnachbarliche Gefälligkeiten zu Rechten werden, andererseits führt Ausschließung der Ersitzung dahin, daß gerade die ältesten und bestbegründeten Rechte verloren gehen, weil sich ihr ursprünglicher Erwerb nicht mehr nachweisen läßt.

Hiernach begreift sich das Schwanken des römischen Rechtes in dieser Lehre. Ursprünglich wendete es die Usukapion auf Servituten an, später hob man sie für Servituten auf, schließlich schuf man eine eigene Servitutenersitzung, bei der man praktischerweise von dem Nachweise eines Titels absah und nur verlangte, daß eine Gerechtigkeit 10 oder 20 Jahre hindurch nec vi nec clam nec precario ausgeübt war.

2. Nach preußischem Rechte treten die allgemeinen Regeln der erwerbenden Verjährung auch für Grundgerechtigkeiten ein. Ihre Ersitzung fordert also 10 Jahre der Ausübung, wenn der Ersitzende einen Titel darthun kann,[2] andernfalls 30 Jahre. Bei unständigen Servituten findet sich nur die ungewöhnliche Verjährung von 40 Jahren, wobei dreimalige Ausübung und mindestens die Zeit von 40 Jahren zwischen dem ersten und dritten Fall erfordert wird.[3] [4]

Erforderniß der Ersitzung ist ferner die Absicht, ein Recht für sich zu besitzen, also nicht eine bloße Vergünstigung auszuüben. Ob Ersteres der Fall war, hat der Richter nach den vorgekommenen Besitzhandlungen zu beurtheilen.[5] Periodische Gegenleistung, z. B. Zahlung eines Weidegeldes, schließt nicht aus, daß man die Befugniß als Recht ausübte. Nament-

---

20) L. R. I, 22 § 9. Ein Beispiel giebt Leyser vol. II spec. 109 med. 9, wo dem Kläger das „Stiegel" — Steg — sehr nützlich, dem Grundeigenthümer aber, welcher so viel anderen Leuten den Durchgang und die Durchfahrt gestatten mußte, fast gar nicht nachtheilig war.

21) Für Bewässerungsanlagen sind nach dem Gesetze vom 28. Februar 1843 — oben § 254 bei Anm. 10 — §§ 24. 25 die Bedingungen sehr erleichtert. Ueber das Hammerschlagsrecht vgl. oben § 221 unter 5.

22) L. R. I, 22 § 10. — Vgl. auch L. R. I 22 § 40 und Koch zu § 10 daselbst.

1) Vgl. über gemeines Recht Dernburg Pand. Bd. 1. § 252.

2) Darüber, daß ein translativer Titel genügt, vgl. oben § 174 Anm. 9, dagegen Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 72. Vgl. ferner oben § 174 Anm. 8.

lich spricht Unveränderlichkeit und ungewöhnlich niedriger Betrag der Gegenleistung für ein Recht, während das Verhältniß sich im Falle einer willkürlich erhöhbaren Gegenleistung als bloße Vergünstigung darstellt.[6] [7]

Auch die Unterbrechung der Verjährung geschieht nach allgemeinen Grundsätzen. Hätte also ein Käufer, welchem das Grundstück übergeben, aber nicht aufgelassen ist, die Verjährung durch Prozeßerhebung unterbrochen, so könnte dies dem Bucheigenthümer nicht zu Gute kommen.[8]

---

3) Näheres über diese Ersitzung oben §§ 175. 176 und § 178 bei Ziff. 3.

4) Da durch den in Ablösungssachen abgeschlossenen Receß alle Servituten aufgehoben werden, welche an den ihr unterliegenden Grundstücken hafteten, sofern sie nicht ausdrücklich vorbehalten werden, so wird auch die schwebende Ersitzung solcher Servituten unterbrochen, falls sie nicht im Receß vorbehalten sind. Dies selbst dann, wenn das dienende und das herrschende Grundstück keinen Umtausch erfuhren. Striethorst Archiv Bd. 63 S. 13. Vgl. oben § 214 Anm. 6 und unten § 299 bei Ziff. 6.

5) Der Vergünstigte — Prekarist — ist „bloßer Innehaber“, kann also um deswillen nicht ersitzen, oben 149 bei Anm. 7, § 149 z. Anf., § 174 z. Anf. — L. R. I, 22 § 14 verlangt hiernach den Nachweis, daß die Besitznahme „als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung“ erfolgte. Man hat früher vielfach angenommen, daß der Berechtigte einen besonderen Beweis des Inhaltes führen müsse, daß sein Besitz kein prekärer gewesen sei, was nicht leicht anders als durch Darthun eines Titels hätte geschehen können. Jedoch der Plenarbeschluß vom 27. August 1838, Entsch. Bd. 4 S. 169 hat entschieden, daß die fragliche Bestimmung keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Vorschrift aufstelle. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 6 n. 155, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 479 und 896, sowie daselbst Bd. 32 S. 928. — Vgl. über den Besitzwillen auch R. G. Bd. 22 S. 190. Es liegt daher dem Kläger der besondere Nachweis der Negative, daß er das streitige Recht nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz nahm, nicht ob.

6) Präj. des O. Trib. n. 19. Gruchot Bd. 8 S. 36.

7) Daß der Erwerb einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung auch durch Besitzeshandlungen begründet werden kann, welche man in der Meinung eines Eigenthumsrechtes an dem dienenden Grundstücke vorgenommen hat, entscheidet Plenarbeschluß vom 3. März 1862, Entsch. Bd. 47 S. 15, ebenso R. G. Bd. 4 S. 135 in gemeinrechtlicher, Bd. 16 S. 216 in preußischrechtlicher Sache. Siehe oben § 161 Anm. 3. Andere Fragen sind, ob der Eigenthümer der dienenden Sache von der Ausübung Kenntniß gehabt haben müsse, damit der Besitz erworben werde, siehe oben § 161 Anm. 9, ferner ob auch ein s. g. translativer Titel zu zehnjähriger Ersitzung genüge, siehe oben § 174 Anm. 9.

8) Die Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 164 bestimmt: „Neue Gemeinheiten, deren Aufhebung die jetzige Ordnung bezweckt, können . . . nur durch schriftlichen Vertrag errichtet werden.“ Hiermit war mittelbar auch Erwerb durch Verjährung ausgeschlossen, was jedoch in der Praxis längere Zeit hindurch übersehen und nicht berücksichtigt wurde. Dagegen erklärte sich der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 9. December 1839, Entsch. Bd. 5 S. 153 gegen die Fortsetzung einer vor Publikation der Gemeinheitstheilungsordnung angefangenen Verjährung ablösbarer Berechtigungen. Dies veranlaßte die Deklaration vom 31. März 1841 §§ 1—3, welche zwar grundsätzlich Vollendung der Verjährung der ablösbaren Grundgerechtigkeiten nach dem 7. Juni 1821 für unzulässig erklärte, jedoch in § 4 für den Fall, daß die Gerechtigkeit von der Publikation der Deklaration an rückwärts gerechnet die Verjährungszeit hindurch ununterbrochen ausgeübt war, die rechtliche Vermuthung aufstellte, daß die Verjährung schon bei Inkrafttreten der G. Th. O. vollendet gewesen sei, vorbehaltlich des Gegenbeweises, daß die Verjährung zu jener Zeit noch nicht vollendet war. Vgl. R. G. Bd. 19 S. 266. Art. 12 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850 dehnte den Art. 164 der Gem. Th. O. auch auf die nach Art. 1 des Ergänzungsgesetzes

3. Ersitzung derjenigen Grundgerechtigkeiten ist ausgeschlossen, welche die Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 und das Nachtragsgesetz zu derselben vom 2. März 1850 — weil kulturschädlich als ablösbar erklären.

4. Durch Ersitzung erworbene Grundgerechtigkeiten reichen nicht weiter, als ihr Besitz während der Verjährungszeit.[9]

§ 299. Endigung der Grundgerechtigkeiten.[1]

Grundgerechtigkeiten endigen auf folgende Art:

1. Durch Erlaß Seitens des Berechtigten, sei es unter Lebenden oder letztwillig. Schriftlichkeit ist regelmäßig erforderlich;[2] desgleichen Annahme des Erlasses durch den Eigenthümer der dienenden Sache, doch macht Gerichtlichkeit des Erlasses nach allgemeinen Grundsätzen des Landrechts die Annahme überflüssig.[3] Erlaß eines der Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes hebt die Grundgerechtigkeit nicht auf, da sie sich noch durch den Theilhaber erhält, doch kann sie der Verzichtende selbst und seine Erben nicht ferner in Anspruch nehmen. Verzicht, welcher vom Berechtigten einem Miteigenthümer der dienenden Sache gegenüber abgegeben wird, beendigt dagegen die Servitut schlechthin, da jede fernere Ausübung gegen den Erlaß verstoßen würde.[4]

Verzicht des Berechtigten liegt mittelbar in ausdrücklicher Zustimmung zu solchen Veränderungen der dienenden Sache, welche die Ausübung

---

ablösbaren Gerechtigkeiten aus, so daß mit dessen Inkrafttreten eine begonnene Verjährung solcher Gerechtigkeiten unterbrochen wurde.

9) Vgl. oben § 175 Anm. 9. Ist der Umfang des Besitzes streitig, so hat der Kläger den weiteren von ihm behaupteten Umfang zu beweisen. So wenn der Beklagte gegenüber einer behaupteten Weggerechtigkeit einwendet, sie sei jedenfalls zu gewissen Zeiten, z. B. vor dem Grasschnitt, nicht ausgeübt worden. Siehe auch Striethorst Archiv Bd. 97 S. 34.

1) Korte in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 432 ff.

2) L. R. I, 5 § 135. Vgl. aber oben § 85 Anm. 16.

3) Vgl. oben § 85 bei Anm. 14. Nach römischem Rechte bedurfte es ursprünglich zum Verzicht auf eine Servitut der Rückübertragung durch den zweiseitigen Formalkontrakt der in jure cessio oder auch mancipatio, Gaj. Inst. II, 30. Aber die klassischen Juristen erkannten ein derelinquere usumfructum an, l. 48 pr. l. 64. l. 65 D. de usufr. 7, 1, was auch auf Grundgerechtigkeiten anzuwenden ist. Damit ist die Geltung einseitigen Verzichtes anerkannt.

4) Nach preußischem Rechte steht auch nichts im Wege, daß ein Miteigenthümer an der Aufgebung einer zu Gunsten eines gemeinschaftlichen Grundstückes auf seinem eigenen Grundstücke lastenden Dienstbarkeit mitwirkt, vgl. oben § 296 Anm. 3. Die Römer hingegen nahmen an, neque adquiri libertas neque remitti servitus per partem poterit l. 34 D. de s. pr. r. 8, 3. — Der Verzicht tritt dem Verzichtenden und seinen Rechtsnachfolgern, nicht aber Dritten entgegen, welchen unabhängig von ihm am herrschenden Grundstücke Rechte zustehen. Hat z. B. der Käufer eines Grundstückes, welchem nur übergeben, nicht aufgelassen ist, auf eine demselben zustehende

der Grundgerechtigkeit völlig verhindern,[5] nicht minder aber in bloßem wissentlichen Dulden der Ausführung derartiger Anlagen, da hierin vom Gesetz die Einwilligung des Berechtigten gesehen wird, ohne daß ihm der Gegenbeweis einer entgegengesetzten Absicht offen steht.[6] Dies gilt jedoch nur vom Schweigen während der Ausführung, nicht von Unthätigkeit

---

Grundgerechtigkeit verzichtet, so kann dies demjenigen nicht schaden, welcher das fragliche Grundstück von dem noch als Eigenthümer Eingetragenen mittels Auflassung erwarb.

5) Dies ist der Fall der l. 8 pr. D. quemadmodum serv. am. 8. 6: si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto. Es muß die Ausübung überhaupt, nicht bloß die bisherige Art derselben unthunlich geworden sein; der Wegberechtigte also, welcher Errichtung eines Baues auf dem bisher begangenen Wege verstattet, verliert sein Recht an den unbebauten Theilen des dienenden Grundstückes nicht. — Gemeinrechtlich ist bestritten, ob Duldung der Anlage Seitens der Berechtigten einer Gestattung derselben gleichzustellen sei. Die Meisten nehmen nur Besitzverlust an. So Cocceji jus contr. h. t. qu. 3. Glück Bd. 10 S. 263. Anders aber L. R. I, 22 § 45, vgl. folgende Anm.

6) L. R. I, 22 §§ 43—45. Bei deren Auslegung ist davon auszugehen, daß eine gesetzliche Anwendung des allgemeinen Grundsatzes vorliegt, wonach Schweigen unter Verhältnissen als Zustimmung gilt, in welchen ein vernünftiger und redlicher Mann sich ablehnend ausgesprochen hätte, falls er nicht einverstanden gewesen wäre; vgl. oben § 94 Ziff. 2. Damit sind richtigere Ergebnisse zu gewinnen, als durch Anklammern an die für Einzelfälle berechneten und nur für sie passenden Präjudikate des Obertribunals. — 1. Es muß die Anlage auf dem belasteten Grundstück offensichtlich — vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 940 — ein wirkliches Hinderniß der Ausübung der Gerechtigkeit schaffen; daher fordert z. B. ein seichter und schmaler Graben, welcher den Fußweg sperren sollte, aber leicht überschreitbar war, nicht nothwendig und unter allen Umständen Gegenmaßregeln Seitens der Wegberechtigten heraus. 2. Nothwendig ist sofortiger Widerspruch des Berechtigten, sowie er sich von der Anlage und ihrer Unvereinbarkeit mit seinem Rechte überzeugte, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 965 Ziff. 3; doch ist dies cum grano salis zu verstehen, es kann daher Unthätigkeit während einer mäßigen Zeit dem Berechtigten nicht schaden, wenn sie nicht länger währt, als von einem seine Rechte ruhig wahrenden Manne zu erwarten war. Striethorst Archiv Bd. 69 S. 10 ff. 3. Der Berechtigte muß Kenntniß von seinem Rechte haben, wenn ein stillschweigender Verzicht auf dasselbe vermuthet werden soll. Verzicht kann nicht angenommen werden, wenn bloß Vertreter, z. B. Verwalter oder Pächter des Berechtigten, Kenntniß von der Anlage hatten und dem Berechtigten keine Mittheilung machten. Anderer Ansicht Korte in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 433. 4. Es fragt sich, ob mündlicher Widerspruch genügt? Entscheidung des Obertribunals Bd. 41 S. 179 verneint und fordert gerichtliche Protestation oder Klage oder Pfändung. Wir meinen, auch hier kommt es auf die Würdigung der besonderen Sachlage an. Zunächst wird der Berechtigte jede Vermuthung einer Einwilligung beseitigen, wenn er mündliche Einsprache erhebt. Bleibt diese aber unberücksichtigt und der Berechtigte unterläßt fernere Schritte (Klagen, gerichtliche Protestation, Selbsthülfe), so wird man annehmen müssen, er sei von seinem Widerspruche abgestanden und habe sich nachträglich, unter Aufgabe der Servitut, zufrieden gegeben. So auch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 483. 5. Es versteht sich, daß zur Anwendung des § 43 guter Glaube des Handelnden keineswegs erforderlich ist. 6. Ob der Servitutberechtigte in Folge des stillschweigenden Erlasses der Servitut einen Ersatzanspruch gegen denjenigen erhält, welcher die Anlage machte, beantwortet sich danach, ob der Berechtigte, wie aus den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen ist, unentgeltlich verzichtete, oder in der Absicht, Ersatz für den dem Gegentheil erwachsenden Vortheil in Anspruch zu nehmen. 7. Die durch Errichtung einer Anlage auf dem belasteten Grundstücke untergegangene Servitut lebt nicht auf, wenn die Anlage später

gegenüber einem bereits vollendeten Bau, von dessen Vornahme oder von dessen Gefährlichkeit für sein Recht der Berechtigte vor der Vollendung keine Kenntniß hatte. Hier kann er vielmehr, so lange seine Grundgerechtigkeit nicht verjährt ist, Beseitigung der Anlage, soweit sie mit seinem Rechte in Widerstreit tritt, erzwingen.

2. Die Beendigung der Grundgerechtigkeiten durch Verjährung vollzieht sich nach den allgemeinen Grundsätzen dieser Lehre,[7] während das römische Recht in dem Untergange der Servituten durch Nichtgebrauch ein eigenthümliches Institut geschaffen hatte. Es versteht sich, daß die Verjährung solange nicht läuft, als eine Anstalt besteht, aus welcher die Gerechtigkeit ersichtlich ist, da sie sich bis dahin in derselben verwirklicht.[8] Daß ferner Grundgerechtigkeiten, welche im Grundbuche eingetragen sind, der Verjährung nicht unterliegen, ist gleichfalls bloße Anwendung eines allgemein gültigen Satzes. Fraglich kann sein, ob Ausübung des Rechtes durch einen Nichtberechtigten, aber im Namen des Grundstückes, insbesondere durch dessen unredlichen Besitzer das Recht erhält. Nach dem Vorbilde des römischen Rechtes[9] ist die Frage zu bejahen. Noch ist hervorzuheben, daß für Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, die Verjährungsfrist zwar die gewöhnliche von 30 Jahren ist, aber auch mindestens 3 Gelegenheiten der Ausübung verpaßt sein müssen.[10]

Ersitzung des Untersagungsrechtes gegenüber einer Grundgerechtigkeit vollendet sich, wenn der Belastete die Ausübung untersagt und der Be-

---

wieder beseitigt wird. War die Anlage aber von vornherein offenbar nur für kürzere Zeit gemacht, so ist in der Unterlassung des Widerspruchs nur Verzicht auf die Ausübung während der Zwischenzeit zu sehen. Wird durch die Anlage die Ausübung nur zum Theil unmöglich, so beschränkt sich die Servitut entsprechend. L. R. I, 22 § 45. 8. Entsch. des O. Trib. Bd. 21 S. 401 wollte die Vorschrift nicht anwenden auf Untersagungsrechte, z. B. gegenüber der Anlage neuer Fenster. Dies ist grundlos. Gegen Förster, der jener Ansicht huldigt, Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 78. Vgl. auch R. G. Bd. 6 S. 255. Siehe aber auch neuerdings R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 999, oben § 221 Anm. 22. 9. Das Obertribunal wendete die Bestimmung des § 43 L. R. I, 22 mit Recht analog an auf diejenigen gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums, welche subjektiv dinglicher Natur sind nach L. R. I, 8 § 191, insbesondere auf den Fall einer Ueberschreitung der Baulinie, Entsch. Bd. 50 S. 87, eines Baues, welcher das Licht entzieht, Entsch. Bd. 46 S. 68, der Anlegung eines Zaunes zu nahe an der Grenze. Ebenso R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 886. Dagegen hat das Obertribunal Entsch. Bd. 21 S. 91 eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 43 auf subjektiv persönliche Gebrauchsrechte, z. B. auf das einer Person eingeräumtes Wegerecht, verworfen.

7) L. R. I, 22 § 50. Es bedarf also der Zeit von 30 Jahren, während der Erlöschung durch Nichtgebrauch im römischen Rechte nur 10 oder 20 Jahre forderte.

8) L. R. I, 22 § 51. Oben § 168 bei Anm. 3.

9) l. 12, l. 20, l. 24 D. q. m. s. a. 8, 6.

10) L. R. I, 9 § 544. Siehe oben § 178 bei Anm. 15 ff., auch § 298 bei Anm. 3.

rechtigte sich hierbei die Verjährungszeit — also 30 Jahre — hindurch beruhigt hat.[11]

3. Grundgerechtigkeiten erlöschen, wie nach römischem Rechte,[12] durch Konfusion, wenn das herrschende und das dienende Grundstück denselben Eigenthümer bekommen. Die so erloschene Servitut lebt im Falle späterer Veräußerung des einen Grundstückes nicht wieder auf. Soll sie wieder hergestellt werden, so bedarf es einer Neubegründung,[13] welche nach Umständen aus dem Inhalt des Veräußerungsgeschäfts ohne ausdrückliche Erklärung zu folgern ist.

Ist aber die Grundgerechtigkeit im Grundbuche eingetragen oder durch Anlagen äußerlich verkörpert, so gewährt die Konfusion nur das Recht auf Löschung im Grundbuche beziehungsweise auf Wegschaffung der Anlagen. Kam es hierzu nicht, so tritt die Grundgerechtigkeit mit der Veräußerung eines der Grundstücke wieder in Wirksamkeit.[14]

4. Grundgerechtigkeiten erlöschen ferner, falls eines der betheiligten Grundstücke z. B. durch Abspühlung zu Grunde geht, sowie dann, wenn die dienende Sache einem öffentlichen Zwecke gewidmet wird, welcher mit dem Fortbestehen der Gerechtigkeit an ihr unvereinbar ist.

5. Im Interesse der Landeskultur geschieht die Ablösung zahlreicher Grundgerechtigkeiten gegen Entschädigung auf einseitigen Antrag eines der Betheiligten durch die Auseinandersetzungsbehörde. Solcher Ablösung unterliegen unter Anderem Weiderechte, Forstberechtigungen zur Mast, Holzung, Streuung, Rechte zum Rasenhieb.[15] Sind den Zwecken der eingeleiteten Auseinandersetzung andere an sich nicht einseitig ablösbare Grundgerechtigkeiten hinderlich, so sind auch diese gegen Entschädigung aufzuheben.[16]

---

11) Vgl. Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 123. Dreimalige Untersagung ist keineswegs nöthig.

12) L. R. I, 22 § 52, I, 16 § 485. l. 1 D. quemadmodum serv. 8, 6. l. 30 pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2. Zweifellos gilt auch nach Landrecht der Ausspruch der l. 30 cit. § 1: si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. — Erwerb des Erbpachtrechtes an der dienenden Sache durch den Servitutberechtigten bewirkte keine Konfusion, Striethorst Archiv Bd. 91 S. 89.

13) Vgl. auch l. 18 D. de serv. 8, 1: in omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

14) L. R. I, 22 § 53 und 54. Korte in Ulrichs Archiv Bd. 11 S. 388.

15) Vgl. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821, oben § 210. Eine nicht geringe Anzahl anderer Berechtigungen erklärte ferner ablösbar das Ergänzungsgesetz zur Gemeinheitstheilungsordnung vom 2. März 1850. Dasselbe führt auf: die Berechtigung zur Gräserei und zur Nutzung von Schilf, Binsen oder Rohr auf Ländereien und in Privatgewässern, zur Fischerei in stehenden oder fließenden Privatgewässern, zur Torfnutzung u. s. f. — Nicht einseitig ablösbar sind von ländlichen Grundgerechtigkeiten unter Anderem diejenigen auf Gewinnung von Sand, Lehm, Thon, Mergel, Steinen.

16) Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 142.

Trägt hiernach der Belastete auf die Ablösung an, so muß dem Berechtigten deren voller Nutzungsbetrag als Entschädigung gewährt werden. Dagegen nahm die Gemeinheitstheilungsordnung von 1821 an, daß dann, wenn der Berechtigte die Ablösung verlangte, der Belastete nur den Betrag des ihm aus der Aufhebung der Servitut erwachsenden Vortheiles zu vergüten habe. Diese an und für sich gerechte Bestimmung wurde später beseitigt, damit sich nicht die Ablösung verzögere, während man sich gegenseitig die Rolle des Antragstellers zuzuschieben suchte. Nur für die auf den Forsten haftenden ablösbaren Dienstbarkeiten erhielt sich jene Bestimmung.[17]

Die Entschädigung erfolgt der Regel nach in Land, aushülfsweise auch in Rente.[18]

6. Unterlag das dienende Grundstück einer Gemeinheitstheilung, so erhalten sich nur diejenigen Grundgerechtigkeiten, welche im Theilungsreceß ausdrücklich vorbehalten wurden.[19] Es erlöschen daher auch solche, für die eine Entschädigung nicht ausgeworfen wurde. Denn der Receß hat eine vollständige Darstellung der Rechtsverhältnisse der durch ihn betroffenen Grundstücke zu enthalten, es war daher Sache der Betheiligten, ihre Grundgerechtigkeiten bei der Verhandlung anzumelden und zur Anerkennung zu bringen.

§ 300. Gebäudegerechtigkeiten. Arten.[1]

Im engsten Sinne sind Gebäudeservituten nur Dienstbarkeiten, welche auf einer besonderen baulichen Einrichtung der herrschenden Sache beruhen, z. B. das Recht, mit einem Erker, Vorbau, Tragbalken die Grenze zu überschreiten. Sie sind abhängig von der Erhaltung des Gebäudes oder wenigstens dessen Ersetzung durch ein anderes von verwandter Gestaltung.[2] Es giebt aber auch an Gebäude geknüpfte Rechte, welche nicht nothwendig dessen Erhaltung voraussetzen, da sie auch einem unbebauten Platz zustehen können, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit. Es ist daher Absichtsfrage, ob derartige Rechte sich dann, wenn sie zu Gunsten eines Gebäudes bestellt waren, nach dessen Niederlegung erhalten.

---

17) Art. 9 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850.

18) Gemeinheitstheilungsordn. §§ 66. 77. Das angef. Ergänzungsgesetz Art. 9 hat § 86 der Gemeinheitstheilungsordnung beseitigt. Ueber die Weise der Entschädigung bei Holzgerechtigkeiten siehe Art. 10 des Ergänzungsgesetzes.

19) Verordnung vom 20. Juni 1817 §§ 170. 171; vgl. oben § 214 Anm. 7 und § 298 Anm. 4.

1) L. R. I, 22 § 55 ff. hat das Marginale „Grundgerechtigkeiten auf Gebäude". Gemeinrechtlich Glück Bd. 10 S. 88 ff. Dernburg Pand. Bd. 1 § 244.

2) Vgl. l. 20 § 2 D. de serv. pr. u. 8, 2.

Wichtigere Einzelheiten sind folgende:

1. Nach Landrecht schließt das Recht, einen Tragbalken auf fremder Mauer zu haben, der Regel nach die Pflicht des Eigenthümers der Mauer zu deren Unterhaltung ein.[3] [4] Auch liegt ihm, wenn er die Mauer ausbessert oder herstellt ob, das herrschende Gebäude auf seine Kosten zu stützen,[5] es seien denn diese Reparaturen durch außergewöhnlichen Zufall veranlaßt, oder bloß zum Besten des Berechtigten vorgenommen.[6] [7] Der Eigenthümer der dienenden Sache kann sich aber von der Reparaturpflicht durch Aufgabe des Eigenthums an der Mauer und an dem Boden, auf dem sie steht, befreien.[8] Wer als Eigenthümer des dienenden Grundstückes im Grundbuche verzeichnet ist, kann als solcher zur Erhaltung der Mauer angehalten werden, ohne Rücksicht auf wirkliches Recht oder Besitz, sich aber dadurch befreien, daß er sich bereit erklärt, der Ueberschreibung des Grundstückstheils, welchen die dienende Mauer einnimmt, auf den Nachbar zuzustimmen.[9]

2. Durch das Traufrecht[10] wird dem Nachbargrundstück die Last auferlegt, das von dem herrschenden Gebäude abfließende Regenwasser, entweder tropfenweise oder in Rinnen gesammelt, aufzunehmen. Wie der Nachbar es weiter leitet, ist seine Sache, daß er es aber auf das herrschende Grundstück zurückströmen lasse, widerspricht dem Zweck der Servitut.[11] Der Eigenthümer der dienenden Sache kann, sofern er nur die Traufe aufnimmt, sein Gebäude erhöhen[12] oder sonstwie verändern. Auch der Eigenthümer des herrschenden Gebäudes darf dasselbe beliebig umbauen, wenn hierdurch die Servitut nicht lästiger wird.[13] Wer bloß Regenwasser auf das Nachbargrund-

3) L. R. I, 22 § 56.

4) Die Römer unterschieden die „servitus oneris ferendi“, bei welcher der Eigenthümer der tragenden Mauer die Pflicht zu deren Erhaltung hatte und die s. tigni immittendi, bei welcher diese Pflicht nicht bestand, vgl. l. 8 §§ 1 und 2 D. si serv. vind. 8, 5.

5) L. R. I, 22 § 57, anders l. 8 pr. D. serv. vind. 8, 5.

6) L. R. I, 22 § 58.

7) Nach römischem Rechte theilt sich der Anspruch, wenn die dienende Mauer im Miteigenthum steht, gegen die Miteigenthümer l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5, wenigstens soweit Gelderſatz gefordert wird. Nach Landrecht ist die Pflicht der Miteigenthümer eine gemeinschaftliche.

8) Vgl. L. R. I, 22 § 56. l. 6 § 2 D. si serv. vind. 8, 5.

9) Vgl. E. E. Ges. § 7 Abs. 1. — L. R. I, 22 § 56.

10) L. R. I, 22 § 59. l. 20 § 2 ff. De de serv. pr. u. 8, 2. Das Traufrecht giebt an sich nur das Recht Regenwasser, nicht Wasser anderer Art abzuführen. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 27. Es ist bestritten, ob nach landrechtlichem Sprachgebrauch das Traufrecht auch das Recht des Abflusses von Regenwasser in Rinnen bezeichnet, oder ob dies Recht unter das des „Ausgusses“ fällt, siehe bei Striethorst Archiv Bd. 97 S. 32 Angeführte.

11) Die Entscheidung bei Striethorst Archiv Bd. 11 S. 232 erscheint uns hiernach nicht zutreffend.

12) L. R. I, 22 § 61.

13) l. 20 § 5 D. cit. loc.: stillicidium altius tolli potest: levior enim fit eo facto servitus: quum quod ex alto cadit lenius et interdum direptum.

stück ableiten darf, hat dafür zu sorgen, daß nichts Anderes mitgeschwemmt wird. Führt er den Abfluß von Flüssigkeiten mittels eines Kanales, so ist dessen Bedeckung und Vergitterung an der Grenze nach dem Gesetz erfordert.[14]

3. Das Recht der freien Aussicht giebt nicht bloß ein Untersagungsrecht gegen alle die Aussicht hindernden Anlagen,[15] sondern im Zweifel auch das Recht, neue Fenster nach des Verpflichteten Hof und Garten zu öffnen,[16] ohne daß die regelmäßigen gesetzlichen Beschränkungen einer solchen Eröffnung eintreten.[17]

§ 301. Weggerechtigkeiten.[1]

Die Weggerechtigkeiten, d. h. an ein Grundstück geknüpfte Rechte zur Passage über ein fremdes Grundstück,[2] sind in Deutschland zwar auf der Grundlage des römischen Rechtes erwachsen, haben sich aber eigenartig gebildet. Die gesetzlichen Regeln über sie sind nichtzwingende; daher entscheidet über Inhalt und Umfang der Weggerechtigkeiten in erster Linie bei Erwerb durch Vertrag die Vereinbarung, und bei Erwerb durch Ersitzung die Uebung während der Ersitzungszeit;[3][4] erst in zweiter Linie das Gesetz.

1. Die gesetzlichen Bestimmungen sind folgende:

a) Der Fußsteig giebt nur das Recht zum Gehen über das dienende Grundstück, nicht wie der römische iter, auch das des Reitens und des sich Tragenlassens, auch nicht das des Velocipedfahrens. Für den Fußsteig

---

14) L. R. I, 22 § 60: „Ist zur Abführung der Flüssigkeiten ein Kanal erfordert, so muß derselbe verdeckt und mit einem eisernen Gitter versehen werden." Das Gitter ist an der Grenze anzubringen, um zu hindern, daß das ablaufende Wasser Erde, Schmutz u. s. w. zum Nachbar bringt. Handelt es sich bei der Bedeckung des Kanals um dessen Lauf im herrschenden Grundstück? So Striethorst Archiv Bd. 61 S. 188; vgl. Eccius Bd. 3 § 187a Anm. 12.

15) l. 15 D. de serv. pr. u. 8, 2.

16) L. R. I, 22 § 62.

17) Daß die Fenster nach der Vorschrift von L. R. I, 8 § 138 — oben § 221 Anm. 14 — vergittert werden müßten, wie Koch zu L. R. I, 22 § 62 mit Rücksicht auf den in ganz anderer Beziehung gedachten Ausdruck „in allen Fällen" behauptet, ist unrichtig, entspräche auch gar wenig dem Rechte einer „freien Aussicht".

1) L. R. I, 22 § 63 ff., vgl. Gensler Archiv f. civ. Pr. Bd. n. 20. Fritz Abhandlungen Nr. 1 und 2.

2) L. R. I, 22 § 28.

3) An einem öffentlichen Wege erwirbt der Einzelne durch bloße Benutzung nicht den Besitz eines Wegerechts, denn sie stellt sich nicht als Inanspruchnahme eines Sonderrechts dar, Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 167. Durch die Eigenschaft eines Weges als öffentlichen wird aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß ein Einzelner für sich oder sein Grundstück den Besitz eines privaten Wegrechtes an ihm erwirbt, nicht minder dieses Recht selbst, so daß es auch nach Beseitigung des öffentlichen Weges fortbesteht. Striethorst Archiv Bd. 81 S. 331 ff. — Vgl. oben § 175 Anm. 9 und § 257 Anm. 17.

4) L. R. I, 22 § 79.

stehen 3 und, falls auch Reiten und Karrenfahren besonders eingeräumt ist, 4 Fuß in der Breite offen.

b) Das Triftrecht — in Breite von 16 Fuß — ermächtigt zum Durchtreiben von Vieh und zwar auch ungekoppelt. Dasselbe schließt die Befugniß nicht ein, Vieh weiden oder lagern zu lassen. Die Befugniß zur Ueberführung von bespannten Wagen giebt das Triftrecht nicht, während dies im römischen actus lag.

c) Die Durchfahrt enthält das Recht, zu fahren, zu reiten und zu gehen, auch Vieh an Stricken überzuführen, nicht aber Vieh zu treiben. Die gesetzliche Breite der Durchfahrt ist 8 Fuß in gerader Linie, und 12 Fuß in der Biegung.[5]

2. Weggerechtigkeiten können mit oder ohne bestimmten Wegzug begründet werden, und zwar durch Verjährung[6] wie durch Vertrag. Der Eigenthümer der dienenden Sache darf jedoch regelmäßig, so lange der Wegzug noch nicht festgestellt ist, einen bestimmten Weg anweisen, auf welchen sich der Wegberechtigte beschränken muß, wenn er den Zwecken der Grundgerechtigkeit entspricht.[7] Auch durch stetige Uebung kann der Wegzug endgültig festgestellt werden.[8]

3. Das ohne besondere Beschränkung eingeräumte Wegerecht darf zu allen Bedürfnissen des herrschenden Grundstückes beansprucht werden, auch wenn es zunächst nur für einen einzelnen Zweck benutzt wurde.[9] Abtretung des Rechtes an Dritte ist nur mit Einwilligung des Belasteten möglich.[10]

Anlagen im belasteten Grundstücke, welche die Ausübung der Servitut erheblich hindern, kann der Berechtigte entgegentreten, unwesentliche Erschwerungen der Benutzung hingegen muß er dulden, z. B. Anbringung einer verschlossenen Thür, falls der Wegberechtigte den Schlüssel erhält.[11] Nicht minder muß er durch die Ausnutzung des dienenden Grundstückes zeitweise geforderte kleine Unbequemlichkeiten ertragen.[12] [13]

5) L. R. I, 22 § 79. Vgl. l. 8 D. de serv. pr. r. 8, 3: in porrectum VIII pedes habet, in amfractum XVI.

6) R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 481.

7) L. R. I, 22 § 29. l. 9 D. de servit. 8, 1. l. 13 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3, oben § 293 Anm. 18.

8) R. G. Bd. 2 S. 159.

9) Ueber neue Anlagen und völlig veränderte Bestimmung des herrschenden Grundstückes siehe L. R. I, 22 § 71, oben § 294.

10) Vgl. oben § 293 bei Anm. 1.

11) L. R. I, 22 § 76 bestimmt: „Ist Jemandem die Durchfahrt durch einen Thorweg verstattet worden, so kann letzterer in der Folge ohne Einwilligung des Berechtigten weder verengt, noch erniedrigt werden.“ Natürlich findet dies keine Anwendung, wenn der Wegeberechtigte nachweisbar an der Veränderung kein Interesse hat.

§ 302. Weidegerechtigkeiten. Arten.[1]

Vornehmlich seit dem Ausgange des Mittelalters bildeten sich in Deutschland zahlreiche Weidegerechtigkeiten, welche bis zur Durchführung der Gemeinheitstheilungen von besonderer Bedeutung für die Landeskultur waren.[2] Sie gewähren das Recht des Auftreibens von Vieh zur Weide, nicht aber anderweite Grasnutzung, z. B. durch Abmähen.

1. Die Weiderechte sind entweder nach Art und Stückzahl des aufzutreibenden Viehes bemessene, oder unbemessene. Wenn die Art des weideberechtigten Viehes nicht bestimmt ist, so erstreckt sich die Gerechtigkeit nach preußischem Rechte nur auf Zug-, Rind- und Schaafvieh,[3] während gemeinrechtlich dann jede Gattung zugelassen wird.[4] Ist die Zahl bestimmt, so darf gleichwohl das noch säugende Jungvieh mitgetrieben werden.[5] Ist sie nicht bestimmt, so entschied nach Landrecht, wie nach gemeinem Rechte, der Durchwinterungsfuß, d. h. die Anzahl, welche das herrschende Grundstück aus eigenen Mitteln überwintern kann.[6] Nach der Gemeinheitstheilungsordnung aber soll regelmäßig die thatsächliche Benutzung der letzten 10 Jahre, welche dem Antrage auf Ablösung oder dem Verlangen des Belasteten auf Feststellung der Zahl vorausgingen, maßgebend sein, der Durchwinterungsmaßstab aber nur aushülfsweise eintreten, wenn die Benutzung der letzten Jahre nicht mehr festzustellen ist, oder wenn der Berechtigte nachweisbar in dieser Zeit von seinem Rechte keinen oder doch einen geringeren

---

12) Legung von Schienen zum privaten Gebrauch, z. B. zur Ueberführung von Kohlen, muß sich der Wegeberechtigte gefallen lassen, sofern die zeitweilig hierdurch entstehende Sperre die Ausübung der Servitut nicht erheblich stört.

13) Nach L. R. I, 22 § 63 kann sich Jeder „gebahnter Fußsteige auf offenen Feldern" bedienen. Nach § 64 a. a. O. kann aber der Eigenthümer durch Gräben und andere Merkmale den gemeinen Gebrauch untersagen. Es ist daher die Behauptung von Eccius Bd. 3 § 187a Anm. 19 irrig, daß solche Fußsteige öffentlichen Wegen gleichständen, Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 161, auf welche er sich beruft, sagt dies nicht. Derartige Fußsteige sind weder öffentliche noch private Wege. — Entsch. d. O. Trib. Bd. 32 S. 36.

1) Seuffert Beitrag zur Lehre vom Weiderecht, Abh. 1837 S. 1 ff. Anschütz Beiträge zum deutschen Privatrecht im Archiv f. c. Pr. Bd. 53 S. 293 ff. Eichhorn P. R. §§ 179. 180. Beseler P. R. § 193. Roth bayer. C. R. Bd. 2 § 163.

2) Die Römer haben zwar in der Kaiserzeit — namentlich auf Autorität des Neratius — Weideservituten anerkannt. Allein in Folge des Erfordernisses der Vicinität kamen dieselben zu keiner großen Entwickelung, was ja volkswirthschaftlich nur vortheilhaft war. Vgl. l. 1 § 1, l. 3 pr., l. 4 D. h. t. 7, 3. Dagegen gehörten häufig Weiden mehreren Gutsbesitzern zu Miteigenthum, sogenannte compascua.

3) L. R. I, 22 § 99. Im Falle der Ersitzung der Weidegerechtigkeit geht die Berechtigung nur auf die Art Vieh, welches während rechtsverjährter Zeit auf die Weide gebracht wurde.

4) Glück Bd. 10 S. 172.

5) L. R. I, 22 § 98. Ebenso nach gemeinem Rechte.

6) L. R. I, 22 § 90. Siehe oben § 295 bei Anm. 9. Vgl. Mevius p. I dec. 28. Pufendorf obs. I, 123. IV, 109. Beseler d. P. R. § 193 unter IV.

Gebrauch machte, als wozu er durch Urkunden, Judikate oder Statuten befugt war.[7] — Bei unbestimmten Weidegerechtigkeiten darf der Berechtigte nur eigenes, nicht aber gepachtetes Vieh auftreiben,[8] bei festbestimmten steht der Weide fremden Viehes nichts entgegen.[9]

Ist die Zahl des aufzutreibenden Viehes nicht bestimmt, so hat der Eigenthümer des dienenden Grundstückes das Recht der Mithut — jus compascendi.[10] Daher muß sich der Weideberechtigte, falls die Weide nicht für beide ausreicht, eine Verminderung des Viehstandes in demselben Verhältniß wie der Eigenthümer gefallen lassen.[11]

2. Nicht selten lastet die Weidegerechtigkeit auf einer Feldmark als Ganzem, so daß deren Grundstücke als deren Bestandtheile dienstbar sind. Solcher Gestalt ist namentlich die Schäfereigerechtigkeit, d. h. die Befugniß, Schaafe auf der ganzen Feldmark unter einem eigenen Hirten zu hüten. Dieses Recht hatten die Gutsherren ganz regelmäßig an der bäuerlichen Feldflur in Anspruch genommen. Das Landrecht stellt daher sogar, was Manche mit Unrecht als gemeinrechtlich annehmen, eine Vermuthung für das Schäfereirecht zu Gunsten der Gutsherrschaft auf.[12]

Die Schäfereigerechtigkeit schließt in der Regel das Recht der Mithut der Dorfgenossen aus; ausnahmsweise kann aber auch ihnen in gewissen Grenzen ein Weiderecht zustehen.[13]

An der Feldmark als Ganzem bestehende Gerechtigkeiten können gegen die Gemeinde als solche verfolgt werden, wie umgekehrt die Gemeinde als solche deren Nichtbestehen durch negatorische Klage geltend machen kann. Das Urtheil in diesen Prozessen macht Rechtskraft für und wider die einzelnen in der Gemeinde belegenen Grundstücke.[14]

Einzelnen Grundstücken ist es möglich, durch besondere Rechtstitel die Freiheit von der allgemeinen Last zu erwerben. Die Geltendmachung dieses

7) Vgl. oben § 293. Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 §§ 166. 167, §§ 31. 34. Es gilt dies im Wesentlichen auch für die Schäfereiberechtigung — unten Ziff. 2 —, Gem. Theil. Ordn. § 39 in Abänderung von L. R. I, 22 §§ 159. 160.

8) L. R. I, 22 § 91.

9) So auch Striethorst Archiv Bd. 82 S. 188 ff.

10) Vgl. oben § 293 bei Anm. 3. Anders aber bei der Schäfereigerechtigkeit — unten bei Anm. 13.

11) L. R. I, 22 § 103 ff. Diese im Landrecht angenommene Ansicht ist auch in der gemeinrechtlichen Praxis überwiegend. Vgl. Glück Bd. 10 S. 183. Dagegen Pfeiffer Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 13 n. 6 S. 180.

12) L. R. I, 22 § 146. Ueber neu angelegte Kolonien vgl. jedoch L. R. I, 22 § 148. Auch Gemeinden kann die Schäfereigerechtigkeit zustehen, Seuffert Archiv Bd. 19 n. 116.

13) Näheres über diesen Fall bestimmt L. R. I, 22 § 152. — Kann der Schäfereiberechtigte die Heerde in verschiedene Haufen unter besonderen Schäfern theilen, wo dies nicht hergebracht war? Vgl. Seuffert Archiv Bd. 16 n. 196.

14) Oben § 138 bei Anm. 7. Vgl. Anschütz a. a. O.

besonderen Rechtes steht ihren Eigenthümern auch offen, wenn die Gemeinde rechtskräftig zur Anerkennung der Weideservitut verurtheilt ist.

3. Eine sog. Koppelweide findet statt, wenn die Eigenthümer mehrerer Grundstücke das Recht haben, diese gegenseitig in Gemeinschaft zu beweiden.[15] Häufig erstreckte sich dies Recht auf die Grundstücke einer ganzen Flur. Einige gemeinrechtliche Schriftsteller fanden in diesem Verhältniß eine Art Gemeinschaft — communio —, welche jeder Zeit auf Antrag eines einzelnen Theilhabers zur Auflösung gebracht werden könne.[16] Dagegen erblickten andere in der Koppelhütung gegenseitige Grundgerechtigkeiten, so daß das Recht jedes Einzelnen an den Grundstücken der Genossen ein selbständiges und ihm ausschließlich zugehöriges bildet. Diese Auffassung hat das Landrecht gebilligt. Vorausgesetzt ist natürlich, daß die Koppelhütung als Recht, nicht als widerrufliche Vergünstigung bestand. Das Landrecht nimmt aber solche Gerechtigkeit, nicht bloß nachbarliche Freundschaft, im Zweifel dann an, wenn die Ausübung der Koppelhütung beständig und dauernd geschah.[17] [18]

§ 303. Einschränkungen der Weidegerechtigkeiten.

Die überkommenen zahlreichen Weidegerechtigkeiten erschienen schon zur Zeit Friedrichs des Großen als Hemmniß der landwirthschaftlichen Kultur,[1] und wurden dies seitdem in immer höherem Grade. Daher hat die preußische Gesetzgebung die Ablösung dieser Rechte energisch gefördert, und sie zugleich, so weit sie noch bestehen blieben, auf ein weniger schädliches Maß zurückgeführt. Der Ausgangspunkt war hierbei die Pflicht des Servitutberechtigten zum „civiliter uti“, von hier aus gelangte man zu folgenden Beschränkungen:

---

15) Man bezeichnet diese Koppelhütung als jus compasculationis reciprocum. Eichhorn Einl. § 179. Keine Koppelhütung ist vorhanden, wenn Mehrere gemeinsam auf dem Grundstück eines Dritten ein Hütungsrecht haben, L. R. I, 22 § 133, sog. jus compascui, ebensowenig, wenn Weidegrundstücke im Miteigenthum Mehrerer stehen und gemeinsam benutzt werden, L. R. I, 22 § 134, sog. compascuum ex jure dominii. Endlich ist das Recht des Grundstückseigenthümers zur Mithut neben dem Servitutberechtigten — das sog. jus compascendi, oben bei Anm. 10 — nicht hierher zu rechnen. Beseler P. R. § 193.

16) Vgl. Entsch. des Obertrib. B. 28 S. 140.

17) L. R. I, 22 §§ 135—137. Entsch. des O. Trib. Bd. 28 S. 134. Daß ein beständiger Schäfer angenommen war, ist nicht erfordert.

18) Ueber gemeines Recht vgl. Glück Bd. 10 S. 185 ff. Unter den Neueren spricht sich Gerber P. R. § 145 Anm. 2 gegen jede Vermuthung aus, während die meisten Schriftsteller demjenigen, welcher sich auf eine precaria concessio zum Zweck der Anfechtung der Koppelhut beruft, die Beweislast auflegen, Eichhorn Einl. § 179, Seuffert Archiv Bd. 18 n. 118.

1) Volkswirthschaftliche Grundsätze des A. L. R. 1869 — anonym — S. 87 und 88.

1. Der Weideberechtigte ist schuldig, das Vieh unter Aufsicht eines Hirten weiden zu lassen oder sonst Anstalten zur Verhütung von Beschädigungen zu treffen. Vernachlässigt er diese Obliegenheit, so haftet er selbst für zufälligen Schaden.[2]

2. Dem Berechtigten ist unzeitige Behütung der Felder und Wiesen untersagt. Sie darf also zu der Zeit nicht vorgenommen werden, in welcher die Auftreibung des Viehes die Gewinnung des herkömmlichen Ertrages des Grundstückes durch den Eigenthümer gefährden oder verkümmern würde. Insbesondere sind Wiesen während der sog. geschlossenen Zeiten nicht zu behüten. Ueber Beginn und Dauer derselben entscheidet Ortsgewohnheit[3] und letztlich die Bestimmung der Feldpolizeiordnung.[4] Nasse durchbrüchige Wiesen sind schlechthin von der Hütung befreit.[5] [6]

3. Endlich kann der Besitzer des belasteten Grundstückes behufs veränderter Kultur den Umfang der Weidefläche schmälern, wenn dem Berechtigten der Weidebedarf bleibt, oder der entgehende Bedarf durch Anweisung eines anderen für ihn gleich gut belegenen Grundstückes vergütet wird.[7] Namentlich ist jeder Besitzer von Aeckern in der zur Hütung bestimmten Feldmark berechtigt, einen verhältnißmäßigen Theil seines Besitzes zum Anbau von Futterkräutern oder Gartengewächsen einzuhegen.[8]

---

2) L. R. I, 22 § 109 ff. Vgl. Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 §§ 3 ff. und 17. Feldpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 11. Mit ansteckenden Krankheiten behaftetes Vieh darf nicht aufgetrieben werden, Schmiervieh, d. h. eingeschmierte räudige Schaafe, nur, wo dies ortsüblich ist. L. R. I, 22 §§ 87. 88.

3) L. R. I, 22 § 109 ff. Durch Anhang § 60 zu § 110 das. — dem Edikt vom 31. August 1800 entnommen — wurden die Hütungs= und Hebungstermine, welche noch in alterthümlicher Weise nach dem Julianischen Kalender berechnet wurden und daher im Laufe der Zeit immer später eintraten, auf Jahrestage des Gregorianischen Kalenders verlegt.

4) Die angeführte Feldpolizeiordnung § 35 bestimmt die Vorhut auf Wiesen in den Provinzen Preußen und Pommern bis zum 1. Mai, in den übrigen Provinzen bis zum 1. April, die Nachhut bald vom 1. Oktober, bald vom 1. November ab. Ueber die Hütung einzelner im Gemenge liegender Feld= und Wiesenstücke vgl. Feldpolizeiordnung § 37.

5) L. R. I, 22 § 112. Es liegt in dieser Bestimmung eine gesetzliche Beschränkung des Weiderechtes. Von Entschädigung ist auch im Landeskulturedikt vom 14. September 1811 § 21 nicht die Rede, da dieses einfach auf das Landrecht verweist. Siehe jedoch Lette und Rönne Landeskulturgesetzgebung Bd. 2, 1 S. 100 ff. — Vgl. ferner Feldpolizeiordnung § 36 über die zweijährige Schonung neugebauter oder umgebauter Wiesen.

6) Verwandlung ein= und zweischüriger Wiesen durch den Wiesenbesitzer in mehrschürige, wodurch die Nachhut verkürzt wird, stellt das angef. Kulturedikt von 1811 § 23 dem Belasteten gegen Entschädigung frei.

7) L. R. I, 22 § 81. Gemeinrechtlich streitet man über diese, durch die wirthschaftlichen Verhältnisse gebotenen Einschränkungen; vgl. Hommel rhaps. quaest. I, obs. 34, Pfeiffer Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 13 S. 155. Anschütz a. a. O. S. 295.

8) Die Bestimmung geschieht durch Sachverständige, L. R. I, 22 § 123. Den Nachweis, daß nach der Kulturveränderung genügende Weide übrig bleibe, hat natürlich der Eigenthümer des belasteten Grundstückes zu führen. Anschütz a. a. O. S. 301.

Die Grenze dieser Einschränkung liegt darin, daß, wenn jeder der Belasteten sich dieses Rechtes verhältnißmäßig bedienen würde, doch dem Berechtigten in gewöhnlichen Jahren genügende Weidefläche bliebe.[9] Weiter noch ging das Landeskulturedikt vom 14. September 1811, welches den Ackerbesitzern schlechthin die Befugniß ertheilte, den dritten Theil ihrer Ackerländereien der Hütung zu entziehen. Der Antrag kann von einzelnen Ackerbesitzern für ihre Besitzungen, oder vom vierten Theile der Besitzer einer Feldmark für die gesammte Flur gestellt werden. Die Hütungsberechtigten sind zu entschädigen, insofern ihnen hiernach mehr entzogen wird, als bereits das Landrecht für zulässig erklärte.[10]

4. Die Weiden im Walde muß nach dem Kulturedikt von 1811 § 27 ff. dem Bedürfniß der Wiederkultur des Waldes nachstehen, so daß diejenige Fläche nicht behütet werden darf, deren Schonung zur Bewaldung erfordert wird. Nur bei ganz unentbehrlichen Waldweiden soll dies eine Ausnahme leiden.[11]

§ 304. Waldservituten.[1]

Forstgerechtigkeiten sind fast unentbehrlich für die ärmeren Bevölkerungsklassen, welche durch dieselben Antheil an den Nutzungen des Waldes und Beihülfe zu ihrer Wirthschaft erhalten. Solche Gerechtigkeiten können aber der pfleglichen Behandlung und der rationellen, nur im Großbetriebe möglichen Bewirthschaftung des Waldes schädlich werden, weshalb sie durch die moderne Gesetzgebung theils Einschränkungen, theils Ueberwachungsmaßregeln unterworfen wurden.[2] [3] — Die Forstgerechtigkeiten[4] zerfallen in solche, die auf dem

9) L. L. I, 22 § 119 ff. Andere Beschränkungen siehe in L. R. I, 22 § 82. Vgl. Rechtsf. des O. Trib. Bd. 4 S. 183.

10) Landeskulturedikt von 1811 § 13. Gem. Theil. O. vom 7. Juni 1821 § 181 ff. Nach Lette und Rönne Kulturgesetzg. Bd. 2, 1 S. 98 haben diese Bestimmungen fast nur noch historisches Interesse, da die vollständige Separation als vortheilhafter fast immer der Hutfreilegung eines Theiles vorgezogen wird.

11) Beschränkter war das Recht des Waldeigenthümers nach L. R. I, 22 §§ 170 bis 178. Natürlich muß nachweisbar sein, daß das dienende Grundstück seiner ursprünlichen Bestimmung nach Forstgrundstück war, Seuffert Archiv Bd. 17 n. 10.

1) L. R. I, 22 §§ 197—239. Gem. Theil. Ordnung vom 7. Juni 1821 §§ 114—140. Rönne Landeskulturgesetzgeb. Bd. 2, 2 S. 130 ff. Beseler P. R. § 198.

2) Die Nichtausbildung von Holzungsgerechtigkeiten im römischen Rechte mag sich zum Theil aus dem Mangel kleinerer bäuerlicher Besitzungen in der römischen Kaiserzeit erklären. Nur für die Weinberge, bei denen der Betrieb in kleinen Parcellen naturgemäß ist, findet sich das Recht erwähnt: „ut pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur“ l. 3 § 1. l. 6 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3.

3) Im Mittelalter war die Inforestirung, d. h. die Uebernahme des Waldeigenthums durch den Staat, hohe Geistliche oder durch Beamte, welche an der Spitze der Markgenossenschaften gestanden hatten, ein Mittel, die unpassend gewordene Form der Gemeinbenutzung abzustreifen, und es dauerten dann die Rechte der früheren Mit-

Holzertrage — Holzungsgerechtigkeit — und in diejenigen, welche auf den Nebenprodukten des Waldes lasten — Waldweide, Mast, Streugerechtigkeit.

I. Für die Holzungsgerechtigkeit ist hervorzuheben:

1. Sie ist bald Bauholz-, bald Brennholzgerechtigkeit. Wer eine Holzungsgerechtigkeit ohne nähere Bestimmung hat, kann den Wald zu beiden Zwecken benutzen.[5] Ist aber eine Bauholz- und Brennholzgerechtigkeit zusammen bewilligt, so bestehen zwei Servituten, von denen die eine durch Nichtgebrauch untergehen kann, während sich die andere erhält. Besondere Arten der Brennholzgerechtigkeit sind Rechte auf abgängiges Holz, insbesondere auf Raff- und Leseholz, d. h. das Holz, welches in trockenen Aesten abgefallen oder als Reisig der gefällten Bäume — s. g. Abraum — zurückgelassen ist; weiter Rechte auf Lagerholz, d. h. die vor Alter umgefallenen Bäume, ein Recht, welches in der Raff- und Leseholzgerechtigkeit so wenig, wie das auf Windbrüche oder auf stehendes abgestandenes Holz von selbst inbegriffen ist.[6]

2. Die Holzungsberechtigung kann, wie andere Grundgerechtigkeiten, eine gemessene oder ungemessene sein. Im ersteren Falle ist der Berechtigte zur Veräußerung der ihm zugewiesenen Quantitäten befugt. Die ungemessene Holzungsberechtigung beschränkt sich auf das Bedürfniß[7] des herrschenden Grundstückes, so daß selbst der Verkauf bereits angewiesenen Holzes hier unzulässig ist und zum Werthersatz verpflichtet.[8] Jedes Wirthschaftsjahr wird

---

eigenthümer häufig als Waldservituten fort. Maurer Geschichte der Markverfassung S. 219. Eichhorn D. Staats- und Rechtsg. Bd. 4 § 548. Roscher Volkswirthschaft Bd. 2 § 192. Vgl. übrigens auch oben § 229 Anm. 2.

4) Das Recht zur Gewinnung des Holzertrages eines Waldes kann natürlich auf den verschiedensten Rechtstiteln beruhen. Im Einzelfalle ist die genauere Bestimmung des Rechtsverhältnisses stets Sache besonderer Untersuchung. Jedoch bestimmt das L. R., daß im Zweifel, wer das Holz in einem Walde uneingeschränkt benutzt hat, für den Eigenthümer, wer eine eingeschränkte Holznutzung hatte, als Servitutberechtigter anzusehen sei, und daß, wenn die Nutzung von Allen unter gleicher Einschränkung geschah, Miteigenthum angenommen werden solle, L. R. I, 22 §§ 197. 198. Ferner hat anerkanntermaßen, wer Eigenthum der „Bäume" hat, im Zweifel auch Eigenthum am Boden. Wessen Recht auf das Eigenthum an den Bäumen beschränkt ist, hat nur Anspruch auf Holz und Mastung, nicht auf Bodennutzungen, insbesondere auf Weide, L. R I., 22 §§ 199. 200.

5) L. R. I, 22 § 201.

6) L. R. I, 22 §§ 214—217. 224. Ueber Abraum vgl. auch Striethorst Archiv Bd. 92 S. 117. Bei Strafe verboten ist im Interesse der Waldkultur, daß der Raff- und Leseholzberechtigte Aexte, Beile und andere Instrumente zum Herabnehmen des dürren Holzes mit sich führe. L. R. I, 22 § 219. Durch Verjährung kann daher das Recht zum Mitnehmen solcher Werkzeuge nicht erworben werden. Präj. des Obertribunals n. 1555.

7) Die Brennholzberechtigung erstreckt sich nur soweit, als die eigenen Brennmaterialien des betreffenden Gutes für dessen Bedürfniß nicht reichen — oben § 292 Anm. 10 a. E. —, sofern deren Abrechnung nicht ausdrücklich durch Urkunden, Judikate, Statuten ausgeschlossen ist. Art. 4 des Gemeinheitstheilungsgesetzes vom 2. März 1850.

besonders angeschlagen. Die hinter dem Bedürfniß zurückbleibende Jahresnutzung giebt keinen Anspruch auf eine Nachforderung. Natürlich kann aber der Belastete, welcher schuldhafterweise die rechtzeitige Gewinnung des Holzes hinderte, nachträglich auf Ersatz in Anspruch genommen werden.[9]

Der Waldeigenthümer kann, wie schon das Landrecht bestimmte, die Umwandlung einer unbestimmten Brennholzgerechtigkeit in das Recht auf ein bestimmtes Holzdeputat, nach Maßgabe der bisherigen Benutzung fordern. Der Berechtigte erhält dann über dies Deputat freie Verfügung.[10] Die umgewandelte Berechtigung behält die Natur einer Servitut, wenn der Berechtigte selbst den Holzertrag aus dem Walde abzuholen hat. Sie verwandelt sich hingegen in eine Reallast, wenn, was häufig bestimmt wird, der Eigenthümer des Waldes das geschlagene Holz dem Berechtigten in seiner Heimstätte abliefern muß.[11]

3. Holzberechtigte haben sich den forstpolizeilichen Anordnungen zu fügen. Raff- und Leseholzberechtigte ferner müssen sich die Anweisung bestimmter Reviere, in welchen sie sammeln dürfen, und gewisser Holztage durch den Waldeigenthümer gefallen lassen.[12]

4. In dem Rechte des Eigenthümers auf die Unversehrtheit der nachhaltigen Ertragsfähigkeit des Waldes findet die Holzungsgerechtigkeit ihre Schranke. Reicht der Gesammtertrag des Holzes für mehrere Servitutberechtigte nicht aus,

---

8) L. R. I, 22 § 237. Ueber eine besondere Ausnahme L. R. I, 22 §§ 238. 239. Oeffentliche Strafe ordnet das Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 42 an.

9) Der Bedarf wird bemessen nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstückes, so daß z. B. die Holzgerechtigkeit einer mit Bäckerei oder Branntweinbrennerei oder Gastwirthschaft verbundenen Besitzung das Recht auf das für diese Gewerbe erforderliche Holz, die einer Mühle zustehende Holzberechtigung das zur Entnahme des für das Mühlenwerk nothwendigen Materials verleiht. Die Berechtigung des Gutes erstreckt sich auch auf die Haushaltungen der Ausgedinger. Entsch. Bd. 15 S. 491. Bei Veränderungen des herrschenden Grundstückes sind die früher entwickelten allgemeinen Grundsätze maßgebend, oben § 294. Daher darf zwar das durch Gemeinheitstheilung oder Ablösung entstandene Bedürfniß erweiterter Wirthschaftsräume durch die Holzgerechtigkeit befriedigt werden, nicht aber das durch freiwillige Vergrößerung des herrschenden Gutes hervorgerufene. Auch wäre wohl nach jenen allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, daß eine Holzgerechtigkeit, welche den angesessenen Mitgliedern einer Gemeinde als solchen zukommt, späteren Anbauern gleichfalls zu Gute käme. Nach L. R. I, 22 § 212 soll aber in solchem Falle das Holzungsrecht nur dem zur Zeit der Verleihung angesessenen Wirthe zu Gute kommen, was Entsch. des O. Trib. Bd. 16 S. 30 auf wirkliche „Verleihung" eingeschränkt hat.

10) L. R. I, 22 § 235. Pufendorf obs. I n. 124. Koch zu L. R. I, 22 § 235.

11) Entsch. des O. Trib. Bd. 33 S. 393 ff., Bd. 43 S. 181 ff. Liegt bloß eine Feststellung des Umfangs der Servitut vor, so bedarf es nicht, wie bei einer Reallast, zur Wahrung des Rechtes gegen Dritte dessen Eintragung in das Grundbuch, oben § 293 Anm. 8.

12) Kulturedikt vom 14. September 1811 § 26. Oeffentliche Strafen gegen Uebertretungen der forstpolizeilichen Bestimmungen ordnet an Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 40.

so tritt verhältnißmäßige Minderung ein. Einer festbestimmten Holzgerechtigkeit steht der Eigenthümer des Waldes nach. Dagegen konkurriren dessen Gebrauchsansprüche mit den unbestimmten Holzgerechtigkeiten und bewirken eine Verminderung, wenn das gewinnbare Holz ohne Schuld des Eigenthümers nicht auch für seine Bedürfnisse reicht.[13]

5. Der mit der Holzungsgerechtigkeit Belastete ist nicht bloß zum Dulden und Nichtthun, also Unterlassen unforstmäßiger Rodung verpflichtet, vielmehr kann er vom Berechtigten zur ordentlichen Waldkultur angehalten werden. Ist das Holzungsrecht auf eine gewisse Holzart eingeschränkt, so darf der Berechtigte im Falle ihres Ausgehens deren Wiederanpflanzung fordern und hat Entschädigungsansprüche, wenn den Belasteten an dem Ausgehen eine Schuld trifft.[14]

II. Unter den Gerechtigkeiten auf die Nebennutzungen des Waldes ist besonders wichtig das Waldstreurecht, d. h. die Befugniß, abgefallenes Laub und Nadeln, sowie dürres Moos in fremdem Walde zum Streuen unter das Vieh behufs Düngerbereitung zu sammeln.[15] Der Bedarf des herrschenden Grundstückes nach Abrechnung dessen eigener Mittel bestimmt auch hier das Maß des Gewinnungsrechtes.[16]

Im Interesse der Erhaltung des Waldes unterliegt das Streurecht zahlreichen Beschränkungen. Seine Ausübung ist höchstens zweimal in der Woche und nur in den 6 Wintermonaten — vom 1. Oktober bis 1. April — zulässig; der Berechtigte muß sich die Anweisung gewisser Distrikte gefallen lassen, sich beim Waldeigenthümer melden und einen Legitimationszettel lösen.[17] Diese Bestimmungen sind im öffentlichen Interesse gegeben, deshalb zwingender Natur.[18]

Verbrauch der Waldstreu zu anderen als Düngungszwecken ist außer Geldstrafe mit Verlust der Berechtigung auf ein Jahr, im Wiederholungsfalle für die ganze Besitzzeit des Frevlers bedroht.[19]

Zu den Nebennutzungen gehört ferner das Mastungsrecht, d. h. die Befugniß, Schweine in den Wald eines Anderen zu treiben, um sie von

13) L. R. I, 22 §§ 226. 227. Im Falle verschuldeter Vernachlässigung des Waldbestandes muß der Eigenthümer nachstehen. So Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 489 in Ausdehnung von L. R. I, 22 § 229.

14) L. R. I, 22 §§ 231—234. Ist der Waldeigenthümer berechtigt, eine neue Bewirthschaftungsart seines Waldes einzuführen, welche durch wirthschaftliche Waldkultur geboten ist, auch wenn dadurch der Servitut Eintrag geschieht. Dies ist mit dem Obertribunal zu bejahen, dagegen erklärt sich Paris bei Gruchot Bd. 24 S. 336.

15) § 1 der Verordnung vom 5. März 1843, für die östlichen Provinzen; Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 96 Ziff. 3.

16) Ergänzung der Gemeinheitstheilungsordnung vom 2. März 1850 Art. 4.

17) Verordnung vom 5. März 1843 § 4.

18) Entsch. des O. Trib. Bd. 38 S. 393.

den darin vorfindlichen Mastfrüchten, insbesondere Eicheln, Kastanien, Buchedern, Nüssen, zu nähren.[20] Das Landrecht unterscheidet volle Mast, d. h. vollen Fruchtertrag, und Sprengmast, den minderen Ertrag. Der Berechtigte kann sich des Mastrechtes der Regel nach nur bei voller Mast bedienen, d. h. wenn das Jahr hinreichenden Ertrag gab. Sonst muß er sich mit Sprengmast, d. h. dem Lesen der zur Schweinefütterung tauglichen wilden Baumfrüchte begnügen.[21]

Fünfter Titel.

Die Reallasten.[1]

§ 305. Begriff der Reallasten.

Auch im jetzigen preußischen Rechte kommen Reallasten,[2] d. h. Rechtsverhältnisse, bei welchen die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen an ein Grundstück gebunden und in dasselbe vollstreckbar ist, häufig vor. Denn wenn auch zahlreiche Rechte dieser Art durch Gesetz aufgehoben oder durch Ablösung beseitigt sind,[3] so entwickeln sich andererseits stetig neue, insbesondere durch die Einwirkung des öffentlichen Rechtes.

Die rechtliche Natur der Reallasten ist, wie bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern, so in der preußischen Litteratur und Rechtsprechung Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten, welche sich auch praktisch geltend machen. Die Hauptansichten sind folgende:

a) Man sucht die Schwierigkeit, welche das Gemisch obligatorischer und dinglicher Elemente darzubieten scheint, dadurch zu beseitigen, daß man die dingliche Natur der Reallast schlechthin leugnet. Hiernach findet man in den

---

19) Vgl. §§ 6. 7. 10 der oben Anm. 17 gedachten Verordnung.

20) Koch Preuß. P. R. Bd. 1 § 348.

21) Vgl. L. R. I, 22 § 187 ff.

1) Duncker die Lehre von den Reallasten 1837. Gerber Abhandl. Bd. 2, S. 213 ff. Meibom über Realschulden und Reallasten, Bekkers Jahrbuch Bd. 4 S. 442 ff. Stobbe P. R. § 100. Dort eine Uebersicht der Geschichte. Die Reallasten gründeten sich ursprünglich auf Herrschaftsverhältnisse, insbesondere der Gutsherrschaft — Tac. Germ. cap. 25 — oder der Gerichtsherrschaft, auch auf die Kirchenhoheit, und hatten einen öffentlichen Charakter. Seit dem 12ten Jahrh. kamen rein privatrechtliche Reallasten — Rentenkäufe — auf. Ueber preußisches Recht vgl. Strohn in Striethorsts Archiv Bd. 12 S. 347 ff.

2) Bereits im Landrechte findet sich der Ausdruck Reallasten zur Bezeichnung solcher Verhältnisse: I, 20 §§ 154. 155. 156. Aber erst die neuere Gesetzgebung wendet den Ausdruck, nach dem Vorgange der Wissenschaft, regelmäßig und allgemein technisch an.

3) Vgl. oben § 210.

Reallasten nichts als Forderungsrechte auf wiederkehrende Leistungen, welche sich dadurch auszeichnen, daß sich der Verpflichtete durch den jedesmaligen Besitz eines Grundstückes bestimmt.[4]

b) Eine zweite, vermittelnde, Auffassung betrachtet die Reallast im Ganzen als dinglich, da das Rechtsverhältniß selbst etwas Anderes sei, als eine bloße Summe von Obligationen, und durch dingliche Klage geschützt werde; dagegen gilt ihr der Anspruch auf die einzelnen fällig gewordenen Leistungen nur als persönlicher.[5]

c) Die dritte Ansicht schreibt nicht nur dem Rechte als Ganzen, sondern auch den Ausflüssen desselben, also den Ansprüchen auf die einzelnen Leistungen, Dinglichkeit zu.

Nach preußischem Rechte ist letztere Auffassung unzweifelhaft die richtige. Denn die Reallastberechtigungen werden, soweit sie gegen Dritte wirksam sind, vom Gesetze ausdrücklich unter die Realforderungen gestellt; und bei Vertheilung der Kaufgelder des belasteten, zwangsweise veräußerten Grundstückes erhält der Berechtigte auch wegen der einzelnen laufenden und rückständigen Leistungen vorzugsweise Befriedigung.[6]

Das Problem eines Rechtsverhältnisses von obligatorischem Inhalt und zugleich dinglicher Kraft hat man häufig dadurch zu lösen gesucht, daß man das belastete Grundstück personificirt und zum verpflichteten Subjekt macht. Hiernach könnte der jeweilige Besitzer nur als Vertreter des Grundstückes auf die fälligen Leistungen belangt werden, eine persönliche Verhaftung fände also nicht statt. Es wäre die Reallast, wie dies die ältere Lehre geradezu aussprach, eine Art von Servitut, und zwar eine solche, die in einem „Thun" bestünde.[7] Doch diese Auffassung, welche das in der Reallast gegebene Element persönlicher Verhaftung des Besitzers leugnet, ist nicht glücklicher als diejenige, welche deren dingliche Seite in Abrede stellt. Jene Personifikation des Grundstückes bildet eine Fiktion, aus der sich nicht erklärt, wie dem willenlosen Objekt eine Handlung obliegen soll. Die persönliche Ver-

4) Puchta Vorlesungen Bd. 1 § 178. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 S. 134. Gerber P. R. § 167, Abhandl. Bd. 2 S. 231. Letzterer sieht in dem Grundstück nur den äußeren Leiter des Forderungsverhältnisses, indem dessen ganze Betheiligung darin bestehe, daß es den jedesmaligen Schuldner präsentire.

5) So Wächter Erörterungen I, S. 127, jedoch nicht in Folge allgemeingültiger Gründe, sondern gestützt auf die Vorschriften partikularer Würtemberger Gesetze. Beseler P. R. § 190. Förster Bd. 3 § 188, gegen letzteren Eccius a. a. O. S. 421.

6) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§ 47—49. 51. 52. 55 und Subhastationsordnung vom 15. März 1869 § 60, Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 §§ 29. 36. 35 Ziff. 3 „andere Leistungen", § 37 „wiederkehrende Hebungen". Vgl. L. R. I, 18 § 813. II, 11 § 232. A. G. O. I, 50 §§ 357. 430.

7) Strohn in Striethorsts Archiv Bd. 12 S. 347. Von gemeinrechtlichen Schriftstellern Duncker Reallasten § 16.

bindlichkeit des Reallastpflichtigen auch über seine Besitzzeit hinaus ist eine Thatsache, mit welcher wir rechnen müssen.[8] Die Reallast ist eben das Erzeugniß geschichtlichen Werdens, wonach sich mit der dinglichen Belastung des Bodens zugleich eine obligatorische Verpflichtung des jeweiligen Besitzers verband. Entsprangen doch die Reallasten vielfach aus Unterthansverhältnissen, welche, wie Leib- und Gutsherrschaft, Vogtei, Gerichtsbarkeit sich auf Grundstück und Besitzer zugleich erstreckten. Die Rechtswissenschaft kann die persönlichen und dinglichen Bestandtheile aufsuchen und scheiden; aber sie hat zuzugestehen, daß dieselben uns hier in einer Verknüpfung überliefert sind, welche sich auf einen einheitlichen Rechtsgedanken nicht zurückführen läßt.

Reallasten können zu einem Geben — von Geld oder Naturalien — oder zu einem Thun — Dienstleistungen, Frohnden — verpflichten. Sie haben theils ein bestimmtes Maß, theils eine veränderliche Höhe, sie erneuern sich bald in bestimmten Zeitabschnitten, bald sind sie nur bei unregelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten geschuldet. Auch die Verpflichtung zur Leistung eines Erbzins- oder Erbpachtkanons von ehemaligen Erbzins- und Erbpachtsgütern fällt unter die Reallasten und wird als solche durch die Gesetze bezeichnet.[9] Ewige Dauer der Last ist nicht, wie man zuweilen behauptet hat, ein wesentliches Merkmal der Reallast. Vielmehr bilden Auszugsrechte regelmäßig, Leibzucht, Witthum, Apanage möglicherweise Reallasten, obgleich alle diese Ansprüche an die Lebenszeit der berechtigten Personen gebunden sind.

Die Reallastberechtigung kann einer Person zukommen, sei es einer natürlichen oder juristischen. Nicht selten aber knüpft sie sich auch aktiv an ein Grundstück, z. B. an ein Rittergut. Folgerecht müßte dann die Verbindung eine unlösliche sein. Die Praxis sieht jedoch hiervon ab; man hat z. B. im Falle einer Zertheilung des herrschenden Gutes dessen Recht auf Reallasten als selbständige Gerechtigkeit behandelt, ihre Veräußerung zugelassen und sogar ein eigenes Blatt im Grundbuche dafür angelegt.[10]

§ 306. Fortsetzung. Die gemeinen Lasten.

Eine besondere Klasse der Reallasten bilden die auf dem öffentlichen Rechte beruhenden „gemeinen Lasten“.[1] Sie bedürfen zu ihrer Wirksamkeit

8) Präj. d. O. Trib. n. 2479. Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 310. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 16 S. 344, Bd. 31 S. 81, Bd. 63 S. 206.

9) Preuß. Konkursordnung § 51. Viele gemeinrechtliche Schriftsteller vertreten ohne zulängliche Gründe die entgegengesetzte Ansicht.

10) Entsch. d. O. Trib. Bd. 36 S. 181 ff. Vgl. oben § 38 im Text hinter Anm. 6, Anm. 8 daselbst.

gegen Dritte nicht der Eintragung in das Grundbuch.[2] Auch haben sie besondere Vorzugsrechte in der Zwangsversteigerung sowie der Zwangsverwaltung des belasteten Grundstückes.[3]

Den gemeinen Lasten ist das Zusammentreffen folgender Umstände wesentlich:

a) Sie müssen auf der Verfassung des Ortes, des Kreises oder der Provinz oder des Staates beruhen. Für den Nachweis wird aber nicht erfordert, daß sie in einer Urkunde bezeugt sind; es genügt ihre Anerkennung in einer Mehrheit von Verträgen, oder Urtheilen,[4] wenn danach die Verpflichtung der Einzelnen ihren Grund in einem allgemeinen Herkommen hatte, welche durch jene Urkunden nur festgestellt und näher bestimmt ist. Eine Anerkennung des Inhaltes der Verpflichtung durch den Eigenthümer macht selbst dessen Sondernachfolger verbindlich.

b) Die Lasten müssen zu entrichten sein entweder an den Staat, oder an die Ortsgemeinde, oder an weitere kommunale Verbände, oder an Schulverbände, oder an die Kirche oder die Geistlichkeit, oder endlich an eine Obrigkeit, wohin in dieser Beziehung die ehemalige Gutsherrschaft noch zu rechnen ist.[5] Demgemäß geht durch Abtretung der Realberechtigung an Private die Eigenschaft als gemeine Last verloren.[6]

c) Endlich muß die Last auf sämmtlichen Grundstücken derselben Art liegen, so daß der Besitzer eines zu derselben gehörenden Grundstückes, welcher ihr nicht unterworfen zu sein behauptet, eine besondere Befreiung nachzuweisen hat.[7]

Den gemeinen Lasten gleichgestellt sind Beiträge, welche aus der Verpflichtung zu öffentlichen Wege-, Wasser- oder Uferbauten entstehen oder

---

1) Vgl. Hypothekenordnung von 1783 Tit. I, § 48. Ohne Grund wollen manche gemeinrechtliche Schriftsteller die auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Verpflichtungen von den Reallasten im technischen Sinne ausscheiden.

2) Vgl. Gesetz über den Eigenthumserwerb § 12. Eintragung derselben, selbst auf seine Kosten, kann der Berechtigte nicht fordern. — Sie gehen in der Regel auf den Ersteher in der Zwangsversteigerung von selbst über, Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 22 Abs. 3, und sind beim geringsten Gebot nicht in Ansatz zu bringen, §§ 56, 22 Abs. 3 und Abs. 1 daselbst.

3) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 §§ 28, 147.

4) Entsch. des O. Trib. Bd. 36 S. 193. Beispiele solcher Urtheile geben R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 716, Bd. 36 S. 977.

5) Vgl. A. G. O. I, 50 § 357 ff. Oben § 305 Anm. 1.

6) Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 413. Es ist dies nicht zweifellos. Bedenkt man jedoch, daß sonst Rechte, z. B. Zehntrechte, die seit Jahrhunderten an Private veräußert sind, noch unter den gemeinen Lasten auftreten würden, so wird man dem Obertribunal beistimmen.

7) Nicht nothwendig ist, daß die Last eine in bestimmten Zeiten sich erneuernde ist, was man aus der Bezeichnung der Hypothekenordnung § 48 „beständige Last“

welche für Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften, Meliorationsgenossenschaften und andere unter der Autorität des Staates bestehende gemeinnützige öffentliche Institute, namentlich Versicherungsverbände zu entrichten sind.[8]

§ 307. Entstehung und Endigung der Reallasten.

I. Reallasten können entstehen:

1. als gemeine Lasten entweder unmittelbar durch Gesetz oder, was häufiger ist, mittels Anordnung der Verwaltungsbehörden auf Grund des Gesetzes; beispielsweise können zur Abwendung gemeiner Gefahr oder zur erheblichen Förderung der Landeskultur Deichverbände gebildet werden, zu deren Gunsten die Besitzer der einbezogenen Grundstücke mit Beiträgen und Leistungen belastet werden;[1]

2. durch Privatverfügung, also formgerechten Vertrag oder letztwillige Verfügung.[2] Es muß die Absicht, daß die Verpflichtung auf dem Grundstücke und seinem jeweiligen Besitzer ruhen soll, entweder besonders erklärt sein oder bei Geschäften derselben Art die Regel bilden, so daß sie bis zum Gegenbeweis zu vermuthen ist, wie z. B. bei Auszugsverträgen. Die Eintragung der Verpflichtung im Grundbuche ist zwar nicht zur Begründung einer freiwillig bestellten Reallast nöthig, bedingt aber die Wirkung gegen Dritte.

3. Auch durch erwerbende Verjährung — ordentliche wie außerordentliche — kann eine Reallast entstehen,[3] [4] welche gleichfalls durch Eintragung Wirkung gegen Dritte gewinnt.[5]

II. Beständige Abgaben und Leistungen, welche nach dem Gesetz vom 2. März 1850 ablösbar sind, können seit dessen Inkrafttreten nicht mehr neu

---

schließen wollte. Es können daher auch Besitzveränderungsabgaben gemeine Lasten sein. So auch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1017 und Bd. 36 S. 1113.

8) Vgl. angef. Zw. V. Ges. § 38 Privatversicherungsverbände auf Gegenseitigkeit gehören nicht hierher, R. G. Bd. 23 S. 236, Bd. 25 S. 238.

1) Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 § 11. Daß diese Verpflichtungen im öffentlichen Interesse ihren Grund haben und deshalb auch besonders bevorzugt sind, hebt ihre privatrechtliche Natur nicht auf.

2) Die Behauptung von Koch P. R. Bd. 1 § 351 a. E., daß die durch Willenserklärungen einem Grundstück aufgelegten Lasten — im Gegensatz zu vorbehaltenen — nicht die Natur von Reallasten, sondern die bloßer Forderungsrechte hätten und daß ihre Eintragung in das Grundbuch nur eine Hypothek verschaffe, vgl. dort § 353 unter 1 b, ist unbewiesen und unbeweisbar.

3) Dies nimmt an das O. Trib. Entsch. Bd. 27 S. 297. Vgl. oben §. 173. Abs. 1.

4) Gemeinrechtlich streitet man über die Zulässigkeit der Ersitzung einer Reallast, weil dieselbe durch keine besondere Gesetzesnorm vorgeschrieben werde. So u. A. Gerber P. R. § 170 n. 8. Unvordenkliche Zeit wird hingegen allgemein berücksichtigt.

5) Zulässig ist auch die Uebertragung von Reallasten durch übertragende Verjährung. Vgl. oben § 174 Anm. 9.

begründet werden.[6] Das Gesetz bezieht sich nicht auf Reallasten, die gemeinnützigen Zwecken dienen, z. B. für Deichgenossenschaften.[7] Auch ist die Neubegründung von Reallasten zulässig, welche nicht dauernde Belastung bezwecken, vielmehr an die Lebenszeit des Berechtigten geknüpft sind. Endlich ist die Begründung von Rentengütern zulässig geworden.[8]

III. Die Reallast endigt, abgesehen vom Falle des gänzlichen Unterganges der belasteten Sache:

1) durch Konfusion, wenn der Reallastberechtigte das Eigenthum der belasteten Sache oder der Reallastverpflichtete das der herrschenden Sache erwirbt;[9]
2) durch vertragsmäßige Aufhebung;
3) durch erlöschende Verjährung, ordentliche wie außerordentliche;
4) durch Zwangsverkauf, im Falle der Zuschlag frei von Reallasten erfolgt;[10]
5) durch Ablösung auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen.[11]

Gegen dritte Erwerber eingetragener Reallasten hat die Beendigung Wirkung nur, wenn die Löschung im Grundbuche erfolgte, oder die Dritten beim Erwerbe Kenntniß von der Beendigung hatten.

§ 308. Rechtsverhältnisse der Reallasten. Klagearten.

Die Reallasten sind, wie die bisherige Ausführung ergab, theils vollwirksame, theils unvollkommene. Bei den letzteren — den nicht eingetragenen, auf privatrechtlichem Titel beruhenden — überwiegt noch die persönliche Verpflichtung, die dingliche Seite besteht hauptsächlich in dem Anspruche auf Eintragung, so lange der, gegen welchen der Anspruch erworben ist, Eigenthum hat. Bei den vollwirksamen Reallasten — den gemeinen und den

---

6) Selbstverständlich ist, daß wenn Jemand gleichwohl eine derartige Reallast, z. B. eine Roggenernte, übernahm, er auch nicht etwa persönlich zur Entrichtung verpflichtet ist, da auf Begründung einer rein persönlichen Verbindlichkeit die Absicht nicht ging.

7) Vgl. vorige Anm. 1 und Entsch. des O. Trib. Bd. 83 S. 263 bezüglich eines Vertrages zur Beschaffung der Vorfluth. Ferner sind, weil nicht ablösbar, noch immer begründbar solche Abgaben, welche nur ein Aequivalent eines eingeräumten Rechtes, z. B. einer nothwendigen Servitut oder auch eines anderen Nutzungsrechtes, enthalten.

8) Siehe unter § 309a.

9) L. R. I, 16 § 482.

10) Die gemeinen Lasten gehen bei der Zwangsversteigerung auf den Ersteher von selbst über, vgl. oben § 306 Anm. 2; die Uebernahme eingetragener Lasten ist zur Kaufbedingung zu machen, jedoch nur für den Fall, daß die vorangehenden Interessenten hierdurch nicht benachtheiligt werden. Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 60.

11) Oben § 210.

eingetragenen — liegt das Hauptgewicht auf dem dinglichen Moment, welches aber das persönliche nicht völlig verdrängt.

Nur diese Klasse ist in Folgendem zu behandeln.

1. Die Einzelleistungen, welche sich aus der Reallast entwickeln, liegen dem vollständigen Besitzer des Grundstückes persönlich ob, soweit sie während der Zeit seines Besitzes fällig werden. Sie können aus seinem gesammten Vermögen beigetrieben werden. Auch bleibt er zu deren Entrichtung nach Veräußerung des belasteten Grundstückes verbunden.[1] Dagegen haftet der Besitznachfolger persönlich nicht, sondern nur dinglich für Rückstände aus der Zeit des Vorbesitzers.[2] Denn die persönliche Verpflichtung hat mit ihrem Fälligwerden den damaligen Besitzer bestrickt und so ein- für allemal eine feste Gestalt erhalten. Besitzer des Grundstücks nach ideellen Theilen stehen solidarisch ein.[3] Ebenso werden im Falle einer Zertheilung des belasteten Grundstückes die Besitzer der einzelnen Trennstücke solidarisch für die ganze Last verhaftet, selbst wenn, was nicht selten räthlich sein wird, unter ihnen Einer zur Erfüllung der Verbindlichkeiten bestimmt ist, jedoch hat eine Vertheilung der öffentlichen Lasten unter die mehreren Eigenthümern durch die Behörden einzutreten.[4]

2. Die dingliche Kraft des Anspruches auf die einzelnen Leistungen zeigt sich darin, daß derselbe mit einer konfessorischen Klage ausgerüstet ist, durch welche der Anspruch in das Grundstück vollstreckbar wird.[5] Diese Klage geht gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Klagerhebung Eigenthümer oder vollständiger Besitzer des Grundstückes ist, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe zur Zeit der Fälligkeit der Leistung Eigenthümer war. Wer im Grundbuche als Eigenthümer eingetragen steht, gilt ohne Weiteres als passiv legitimirt. Ferner zeigt sich die Dinglichkeit in dem Vorrechte gegenüber anderen Gläubigern im Falle der Zwangsvollstreckung. Dieses Vorrecht kommt vornehmlich zu Gute den nach der Beschlagnahme laufenden Leistungen und den Rückständen aus den beiden vorhergehenden Jahren.[6] Erfolgt die Zwangsversteigerung der Art, daß die Last nicht auf den Ersteher übergeht, so genießt der Ablösungswerth der Last gleiches Vorrecht.[7]

1) Gegen diese Ansicht erklären sich freilich diejenigen, welche das Grundstück als verpflichtetes Subjekt ansehen, wie Strohn in Striethorsts Archiv Bd. 12 S. 347. Vgl. aber L. R. II, 7 § 493. Eccius Bd. 3 § 188.

2) Verschiedene Ansichten hierüber siehe bei Stobbe Bd. 2 § 102 Anm. 7.

3) Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 125.

4) Näheres siehe oben § 244 unter 2 c und d.

5) Striethorst Archiv Bd. 2 S. 61. Dies bezieht sich auch auf rückständige Leistungen. R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 993 und zwar auf ältere als zweijährige. Entsch. des O. Trib. Bd. 21 S. 44 ff. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 133.

6) Oben § 305 Anm. 6 und 7. Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 36, vgl. auch § 183.

3. Auch die Reallast als Ganzes kann mit einer konfessorischen Klage zur Anerkennung gebracht werden. Namentlich wird eine solche Klage vorkommen, wenn eine gemeine Last behauptet, aber gegnerischerseits bestritten ist; auch zur Feststellung des Umfanges und selbst der Giltigkeit eingetragener Lasten kann sie Bedürfniß werden. Die Klage ist gegen den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer des angeblich belasteten Grundstückes zu richten. Die erstrittene Anerkennung des Rechtes kann dann Grundlage einer Eintragung werden.

4. Ferner stehen Besitzesklagen offen, um den Besitzer des belasteten Grundstückes zur fortgesetzten Entrichtung der schuldigen Leistung zu nöthigen.[8] Namentlich sind solche Klagen bei gemeinen Lasten zweckentsprechend, welche nicht durch Verwaltungsexekution beitreibbar sind.[9] [10]

§ 308a. Einzelne Reallasten. Rentengüter.[1]

1. Als das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 seine tiefgreifenden gesetzlichen Maßnahmen traf, um den Grund und Boden von den seit Jahrhunderten auf ihm ruhenden dauernden Lasten zu befreien, suchte es zugleich das Wiedererstehen derartiger Lasten, insbesondere ewiger Geldrenten zu verhindern.

Zu diesem Zweck machte das Gesetz die Ablösbarkeit solcher Geldrenten zu zwingendem Rechte. In Ermangelung anderer Vereinbarung sollte die Ablösung der Geldrenten jedem Theil zum zwanzigfachen Betrag nach sechswöchentlicher Kündigung offen stehen. Es durfte die Ablösungssumme nicht mehr als das Fünfundzwanzigfache der Rente betragen, und es durfte — abgesehen von Kreditinstituten — die Kündigung höchstens auf 30 Jahre ausgeschlossen werden.[2]

2. Damit waren der Möglichkeit Grundstücke, statt gegen Kapital, gegen Uebernahme einer dauernden Rente zu erwerben, Hindernisse in den Weg gelegt. Und doch ist dieser Weg des Erwerbs gerade für Preußen besonders

---

7) Oben § 307 Anm. 11.

8) L. R. II, 7 §§ 487. 463 ff. Vgl. oben § 160 Anm. 10. Dies soll freilich nach Präj. des O. Trib. n. 2031 auf Mühlenabgaben keine Anwendung finden, ein Präjudiz, das Koch P. R. Bd. 1 § 352 nicht ohne Grund als Ausfluß einer principlosen Kasuistik bezeichnet.

9) Hierüber vgl. Kabinetsordre vom 19. Juni 1836, betreffend die Einziehung der Kirchen-, Pfarr- und Schulabgaben.

10) Die dem Hypothekengläubiger nach § 50 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 wegen erheblicher Verschlechterung des belasteten Grundstücks zustehenden Rechte — vgl. unten § 340 — kommen auch den Reallastberechtigten entsprechend zu Gute. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 154.

1) Mahraun, Die Preußischen Rentengutsgesetze 1892.

2) Siehe oben § 210.

wichtig, da das preußische Land weit mehr fleißige Hände als Kapitalkräfte besitzt.

Als man den Entschluß faßte, mittels des Gesetzes vom 26. April 1886 dem Staat deutsche Ansiedelungen in den Provinzen Westpreußen und Posen zu begründen, sah man sich daher genöthigt, die Ueberlassung bäuerlicher Stellen zu Rente zu verstatten, deren Ablösbarkeit „von der Zustimmung beider Theile abhängig" bleibt. Es ergab sich denn auch, daß 95 % aller Ansiedelungen gegen Rente geschah.

3. Das Gesetz über die Rentengüter vom 27. Juni 1890 verallgemeinerte, was für einen einzelnen Zweck in dem Ansiedelungsgesetze vorgekehrt war.

Insbesondere erklärte § 1 des Rentengütergesetzes, daß die Uebereignung eines Grundstücks gegen Uebernahme einer festen Geldrente zulässig sei, „deren Ablösbarkeit von der Zustimmung beider Theile abhängig gemacht wird."

Diese Bestimmung ist eine allgemeine. Es kann also in Folge derselben auch ein ganzes Gut gegen Rente verkauft werden. Die Hauptabsicht des Gesetzes ging jedoch darauf, Rentengüter mittleren und kleineren Umfangs durch Zertheilung größerer in Verfall gerathener Güter zu begründen, vor Allem aber durch Abzweigung kleinerer Stellen von größeren Gütern einen ländlichen Arbeiterstand zu erhalten.

Nach der Fassung des Entwurfs dieses Gesetzes wären freilich dessen Zwecke nicht erheblich gefördert worden. Denn die Güter, von denen kleinere Stellen abgezweigt werden sollen, sind selten frei von Hypotheken. Diese hätten in Folge ihrer Untheilbarkeit jedes einzelne Rentengut zu ihrem vollen Betrag korrealiter zusammen mit dem Stammgut belastet, also von vornherein in eine unerträgliche wirthschaftliche Lage gebracht.

Praktische Bedeutung erhielt daher das Gesetz erst durch einen im Herrenhause eingebrachten Verbesserungsantrag, welcher in das Gesetz als Absatz 4 und 5 des § 1 überging.

Hiernach muß das Rentengut frei von den Hypotheken und Grundschulden des Grundstücks, von welchem es abgetrennt wird, begründet werden, auf die Veräußerung zum Zwecke der Bildung von Rentengütern finden aber die gesetzlichen Bestimmungen über den erleichterten Abverkauf von Grundstücken, sogar bei Abveräußerung größerer Trennstücke Anwendung.[3]

3) Vgl. oben § 244 Anm. 13. Mahraun in seinem Vorwort S. 4 hebt hervor: „Die Zusätze des Absatzes 4 und 5 des § 1 im Gesetze von 1890 sind im Herrenhause durch die Anträge von Kleist, Dernburg und Zweigert herbeigeführt, sie sichern dieser Gesetzgebung erst ihre eigentliche socialpolitische Bedeutung. Denn ohne sie wäre an=

Demzufolge muß das abgetrennte Rentengut aus der Belastung des Hauptgutes heraustreten. Die dem Rentengut aufgelegte Rente wird aber an dessen Stelle den Realberechtigten verhaftet, wenn durch ein Unschädlichkeitsattest der Generalkommission festgestellt ist, daß hierdurch die Sicherheit der Realberechtigten nicht vermindert wird. Die Generalkommission hat darüber zu wachen, daß die gezahlte Rente zur Befriedigung der Realberechtigten verwendet wird.

2. Das Gesetz betreffend die Beförderung der Errichtung von Rentengütern vom 7. Juli 1891 endlich hat die Bildung von landwirthschaftlichen Rentengütern mittleren oder kleineren Umfangs sehr erleichtert.

a) Begründung eines Rentengutes der bezeichneten Art kann nach § 12 dieses Gesetzes auf Antrag eines Betheiligten durch Vermittelung der Generalkommission erfolgen.

Während also in anderen Fällen die Vermessung durch das Katasteramt, die Abschließung des Vertrages durch Notar oder Gericht, die Auflassung vor dem Grundbuchrichter erfolgt und die Generalkommission nur die Unschädlichkeitsbescheinigung ertheilt, liegt bei solchen Rentengütern die amtliche Thätigkeit ausschließlich in der Hand der Generalkommission. Die Generalkommission hat den unter ihrer Leitung geschlossenen und von ihr bestätigten Vertrag dem zuständigen Grundbuchrichter mit dem Ersuchen auf Umschreibung des Eigenthums einzureichen; mit Vollziehung der Umschreibung geht das Eigenthum am Rentengut über. Der Auflassung bedarf es nicht.[4]

b) Nicht minder wichtig ist das Eintreten der Rentenbanken[5] für die bezeichneten Rentengüter durch Ausgabe von Rentenbriefen auf Grund von Rentenbankrenten nach § 2—11 des Gesetzes.

Hiernach kann die Rentenbank auf Antrag des Rentenberechtigten, soweit er die Ablösung von dem anderen Theil beanspruchen darf, sowie des Rentengutsbesitzers, soweit er zur Ablösung der Rente ohne Zustimmung des anderen Theiles berechtigt oder die Ablösung von dem anderen Theil beansprucht ist, dem Rentenberechtigten — nach allgemeiner Bestimmung des Ressortministers — entweder den 23fachen Betrag der Rente in $3^1/_2$procentigen, oder den $23^2/_3$fachen Betrag der Rente in 4procentigen Renten zur

---

gesichts der allgemeinen Hypothekenverschuldung das Recht, Rentengüter auszuthun, nicht zu verwirklichen gewesen, es wäre ein theoretisches geblieben und durch solche kann die Volkswirthschaft nicht gefördert werden." Ich darf hinzufügen, daß die Anregung zu diesen Zusätzen von mir ausgegangen ist.

4) Die Generalkommission erhebt für das ganze Verfahren die Summe von 12 Mark, welche von den Betheiligten zu gleichen Theilen zu entrichten ist. Mit der Auflassung fällt auch der Auflassungsstempel weg — oben § 220 Anm. 3.

5) Vgl. über Rentenbanken oben § 210 Ziff. 2.

ersten Stelle gewähren. Nur muß der 25fache Betrag der Rentenbankrente innerhalb des 30fachen Grundsteuerreinertrages unter Hinzurechnung der Hälfte der Versicherungssumme der Gebäude, oder innerhalb $^{3}/_{4}$ einer landschaftlichen oder durch die Generalkommission besonders aufzunehmenden Taxe liegen.

Die Rentenbank kann auch zur erstmaligen Einrichtung des Rentenguts nach Aufführung der nothwendigen Wohn- und Wirthschaftsgebäude für deren Herstellung Darlehne in $3^{1}/_{2}$procentigen oder $4^{1}/_{2}$procentigen Rentenbriefen bis zu $^{3}/_{4}$ des Taxwerthes der Gebäude gewähren.

Diese Darlehen sind, wenn der Rentengutsbesitzer seine Verpflichtungen erfüllt, Seitens der Rentenbank unkündbar.

Der Rentengutsbesitzer hat, falls $3^{1}/_{2}$procentige Rentenbriefe ausgegeben sind, $4^{0}/_{0}$; falls 4procentige gewährt sind $4^{1}/_{2}\,^{0}/_{0}$ ihres Nennwerths als Rentenbankrente an die Rentenbank zu entrichten. Das $^{1}/_{2}\,^{0}/_{0}$, welches die Rentenbank mehr einzieht als sie dem Rentenberechtigten zu entrichten hat, dient zur Amortisation, welche sich in $60^{1}/_{2}$ beziehungsweise $56^{1}/_{12}$ Jahren vollzieht.

Solange eine Rentenbankrente auf dem Rentengute haftet, kann die Aufhebung der Selbständigkeit und die Zertheilung des Rentengutes, sowie Veräußerung von Theilen desselben nur mit Genehmigung der Generalkommission geschehen.[6]

Privatrenten zu Gunsten des Rentengutsgebers können außer den Rentenbankrenten auf dem Rentengrundstück stehen.

§ 309. Zehnten.

Von einzelnen Reallasten heben wir hervor den Zehntanspruch, — das Recht auf einen bestimmten Theil des Fruchtertrages des belasteten Grundstücks. Regelmäßig besteht derselbe im Zehnten des Ertrages, kann aber auch in anderem Verhältniß, z. B. als Zwanzigstel, Dreißigstel bemessen sein. Der Zehnte ist vorwiegend ein kirchlicher, da die Kirche diese Realabgabe als allgemeine Kirchensteuer forderte und großentheils durchzusetzen wußte.[1] Doch war die Kirche nicht im Stande, den Uebergang des Kirchenzehnten in weltliche Hände schlechthin zu verhindern.[2] Auch wurden

6) Allein im Bezirk der Generalkommission Bromberg, welche die Provinzen Posen, Ost- und Westpreußen umfaßt, sind im Laufe des ersten Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 7. Juli 1891 fast 900 neue Rentengüter geschaffen worden.

1) Die Kirche behauptete die Geltung des Levitenzehnten des mosaischen Rechtes III. Mose 27, 26 ff. IV. Mose 18, 11 ff. auch für die Christenheit. Die Verwirklichung dieses Anspruches war jedoch von der Lage der Verhältnisse im Einzelnen abhängig. Vgl. Stobbe P. R. Bd. 2 § 105. Die Rittergüter blieben vielfach von dieser Last wie von anderen Lasten frei.

2) Die Uebertragung des Kirchenzehnten verbot zwar das lateranische Concil von 1179, wogegen aber der Reichstag von Gelnhausen protestirte. L. R. II, 11

Zehnten nicht selten schon ursprünglich zu Gunsten von Laien durch Vertrag oder durch Vorbehalt begründet.[3]

Der Zehnte ist die einfachste,[4] um deswillen die auf niedern Kulturstufen gebräuchlichste Abgabe. Aber ihm haftet die Härte an, daß er den Bruttoertrag[5] der zehntpflichtigen Gegenstände schmälert, ohne Rücksicht darauf, ob dem Besitzer ein Reinertrag, ob ihm die Mittel zur Erhaltung seines Lebens und seiner Wirthschaft bleiben. Auch schwächt die Zehntpflicht den Trieb zu Verbesserungen, da deren Ergebniß ohne Anrechnung der aufgewendeten Kosten mitverzehntet wird.

Dazu kam seit der Kirchentrennung die Abneigung von Nichtglaubensgenossen, welche zehntpflichtige Grundstücke erwarben, an eine Kirche anderer Konfession zu zehnten. In Schlesien hatte aus diesem Grunde Friedrich der Große durch Ordre vom 3. März 1758 die evangelischen Eingepfarrten von der Pflicht der Entrichtung des Zehnten an katholische Kirchen befreit, worauf später[6] auch die Zehntpflicht katholischer Pfarreingesessenen an evangelische Kirchen aufgehoben wurde. In Folge dessen wurde die Verpflichtung zur Leistung der Reallast durch die Konfession bedingt und ruhte während des Besitzes von Christen anderer Konfession, wachte aber in Folge des Erwerbes des pflichtigen Grundstückes durch einen Konfessionsgenossen wieder auf, ein Zustand, welcher die Pfarreinkünfte stetem Wechsel aussetzte, und nach mannichfachem Schwanken der Gesetzgebung dazu führte, den Zehnten in Schlesien durch Gesetz vom 10. April 1865 von Amtswegen zur Ablösung zu bringen.[7] Den in der schlesischen Verfassung gegründeten Zustand setzt das Landrecht als den regelmäßigen voraus.[8] Gleichwohl halten die Provinzialrechte der überwiegenden Mehrzahl nach an unbedingter Dinglichkeit des Kirchenzehnten fest, welche die Rücksicht auf die Verschiedenheit der Konfession des zeitigen Besitzers ausschließt.[9]

Auch in anderen Beziehungen war das Landrecht den Zehntansprüchen wenig günstig. Eine Vermuthung für Zehntpflicht an die Parochialkirche wird

§§ 858. 859. 862 läßt eine solche Uebertragung namentlich auch mittels übertragender Verjährung zu. Vgl. oben § 307 Anm. 5.

3) Vgl. Birnbaum rechtliche Natur des Zehnten 1831.

4) Roscher Nationalökonomie II, § 11 „Bei schlechten Ernten giebt der Pflichtige wenig, bei guten viel, er giebt gerade in der Zeit und Art, wie er am besten kann. Rückstände sind kaum möglich, Remissionen kommen nicht vor."

5) Decimae solvendae sunt expensis non deductis. cap. 22, X de decimis 3, 30. L. R. II, 11 § 894. „ohne Abzug der Bestellungskosten und Abgaben."

6) Durch die Kabinetsordre vom 30. September 1769.

7) Vgl. Friedberg die Schlesische Zehntverfassung, Zeitschrift für Kirchenrecht von Dove Bd. 4 Heft 4.

8) L. R. II, 11 § 872.

9) Vgl. u. A. Jacobson Kirchenrecht § 168 Anm. 2.

nicht anerkannt.[10] Ferner soll da, wo der Zehnte ohne nähere Bestimmung hergebracht ist, darunter bloß der s. g. Großzehnte begriffen sein, welcher sich nur auf Halmfrüchte von Aeckern und Wiesen bezieht.[11] Kleinzehnte, d. h. Abgaben von Garten- und Baumfrüchten im Garten und auf dem Felde, Fleisch- oder Blutzehnte vom Vieh, welches zur Haus- und Feldwirthschaft gehört, sind daher im Zweifel nicht zu entrichten.[12] Der Personalzehnte vom Arbeitslohn und Gewerbeverdienst sollte schlechthin abgeschafft sein,[13] der Novalzehnte von neu in Kultur gebrachten Aeckern war zwar vom Landrecht im Falle einer allgemeinen kirchlichen Zehntpflicht unter Beschränkungen beibehalten, ist aber durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 allgemein beseitigt.[14] Die Streitfrage ferner, ob die Früchte, welche in der Brache gebaut werden, deren Anbau also früher nicht gebräuchlich war, zehntpflichtig seien,[15] wird vom Landrechte verneint und dem Zehntherrn nur ein Entschädigungsanspruch zugestanden, wenn durch die Brachnutzung ein Ausfall seines bisherigen Zehntgenusses entstand.[16] Auch wird dem Zehntpflichtigen jede Kulturveränderung gestattet, so aber daß er den Zehntherrn bei völliger Aenderung der Gestalt und Bestimmung des Grundstückes nach Maßgabe des Zehntertrages der letzten sechs Jahre entschädigen muß.[17] Unbebaut bleibende, bisher zehntpflichtige Aecker hingegen soll der Zehntherr selbst in Kultur nehmen können. Was die Ausübung des Zehntrechtes betrifft, so kann der Zehntpflichtige die Frucht — unter Zurücklassung des Zehnten — vom Felde wegbringen, sofern der Zehntherr in gewisser Zeit — 12, in dringenden Fällen 6 Stunden nach der Anzeige — die Auszehntung nicht vorgenommen hat. Der Zehntpflichtige hat also die Auszehntung nicht schlechthin abzuwarten. Der Zehnt ist demnach ein sogenannter fliegender, kein stehender.[18] Dagegen darf der Zehntherr den Anfang mit den aufgesetzten Garben machen, wo er will.[19] Nachlaß wegen erlittener Unglücks-

10) L. R. I. 11 § 860. Vgl. cap. 18 X de decimis 3, 30. Wer zehntfreie Aecker neben zehntpflichtigen erwirbt, oder sonstwie mit letzteren zehntfreies Land vereinigt, muß dem Zehntherrn Anzeige machen und eine Absonderung durch Grenzmale unter dessen Zuziehung veranlassen, widrigenfalls die Vermuthung wider ihn ist. L. R. II, 11 §§ 867. 868.

11) L. R. II, 11 §§ 875. 876. Der Zehnte ist aber auch zu entrichten, wenn der Zehntpflichtige eine andere Art von Erzeugnissen baut, als wozu das Grundstück bisher gewöhnlich benutzt worden.

12) Vgl. L. R. II, 11 §§ 910. 915.

13) L. R. II, 11 § 921.

14) Ablösungsgesetz § 35 Begriff des Neulandes L. R. II, 11 § 890.

15) Pufendorf obs. II, obs 157 § 5.

16) L. R. II, 11 § 880 ff.

17) L.R. II, 11 § 885 ff. Vgl. außerdem II, 11 § 878 ff.

18) Näheres L. R. II, 11 § 901.

19) L. R. II, 11 § 895. Provinzialrechtlich vielfach abweichend näher bestimmt.

fälle kann nach den Grundsätzen des Zehntrechtes begreiflich nicht gefordert werden.[20]

An die Stelle des Naturalzehnten ist häufig eine festbestimmte Menge des gedroschenen Getreides — Sackzehnte — oder eine gleichförmige Abgabe an Geld getreten. Die bloße Annahme dieser Abgaben während rechtsverjährter Zeit nimmt dem zum Naturalzehnten Berechtigten sein Recht auf den Naturalzehnt noch nicht, es sei denn, daß der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit zur Leistung des Naturalzehnten widersprochen und der Berechtigte sich dabei durch rechtsverjährte Zeit beruhigt hat.[21] Bei dergleichen festbestimmten Abgaben hat der Pflichtige Anspruch auf einen Nachlaß wegen besonderer Unglücksfälle.[22]

§ 310. Altentheile.[1]

1. Altentheil — Auszug, Ausgedinge, Leibzucht, Uebertrag — ist der bei Abtretung eines Bauergutes gemachte Vorbehalt von Nutzungen und Leistungen zum Unterhalt des Abtretenden oder auch anderer Personen, und zwar gewöhnlich auf Lebenszeit.

Es war dereinst ein Recht der Gutsherrschaft, den Unterthan, welcher der Bewirthschaftung einer bäuerlichen Stelle nicht mehr gewachsen war, zu deren Abtretung an einen kräftigen Nachfolger gegen Auszug anzuhalten.[2] Jetzt geschieht solche Abtretung durch den arbeitsunfähigen oder arbeitsmüden Bauer nur freiwillig, aber nach weitverbreiteter Sitte. Auch der freiwillig übernommene Auszug bildet gemäß seinen Zwecken und dem muthmaßlichen Willen der Parteien eine auf dem abgetretenen Grundstücke ruhende, auf dessen jedesmaligen Besitzer übergehende Reallast,[3] woraus zu folgern ist, daß der Uebernehmer des Altentheils seinerseits nach Veräußerung des Grundstückes wegen später verfallender Leistungen wenigstens dann nicht haftet, wenn das Altentheil im Grundbuche eingetragen

---

20) L. R. II, 11 § 911. Partikularrechtliche Abweichung Entsch. des O. Trib. Bd. 3 S. 206 ff.

21) L. R. II, 11 § 924 gemäß allgemeinen Grundsätzen, oben § 177 im Text nach Anm. 2

22) Vgl. L. R. II, 11 §§ 930—933. 936.

1) L. R. I, 11 § 602 ff. verweist auf die Provinzialgesetzgebung. Koch, Recht der Forderungen Bd. 2 S. 858 ff. Gruchot Bd. 12 S. 426 ff. Gemeinrechtliche Litteratur: Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht, Oldenburg 1805. Beseler P. R. § 188. — Siehe auch oben § 307 Anm. 2.

2) L. R. II, 7 § 293 ff. I, 21 §§ 644. 646.

3) So auch R. G. Bd. 27 S. 231, Entsch. d. O. Trib. Bd. 29 S. 301, Striethorst Archiv Bd. 10 S. 229, Bd. 12 S. 25. Die gemeinrechtlichen Juristen streiten über die Reallastnatur. — Wie der bäuerliche Auszugsvertrag ist die Abtretung kleinstädtischer Besitzungen gegen Altentheil zu behandeln. R. G. Bd. 29 S. 174.

war und somit auf den Besitznachfolger überging.[4] Mit dem Bauerngut wird häufig das ganze Vermögen des Bauern übertragen, auch etwaige Uebertragung künftigen Erwerbs versprochen. Im Fall solcher Vermögensübertragung haftet der Uebernehmer auch für die persönlichen Schulden des Abtretenden, allerdings nur neben demselben.[5]

2. Die Begründung des Altentheiles geschieht durch schriftlichen Vertrag. Die im Landrecht festgehaltene Nothwendigkeit gerichtlicher „Regulirung" zur Verhütung übermäßiger Belastung des Hofes ist beseitigt.[6] Gegen Dritte hat der Altentheil nur Wirkung im Falle seiner Eintragung im Grundbuche.[7] [8]

3. Die an den Altsitzer zu machenden Leistungen können bestehen in der Verstattung, mit dem Eigenthümer auf dessen Grundstück zusammen zu wohnen, im Ueberlassen einer besonderen Wohnung und von Garten- und Ackerstücken, in Lieferung von Naturalien (Früchten, Fleisch, Tabak, Feuerung, Licht, Kleidung), ferner in Gewährung von Diensten, z. B. in Pflege, in Bearbeitung etwaiger Leibzuchtländereien, endlich in einer sich zu den übrigen Leistungen gesellenden Geldabgabe.[9] Hierzu kommt die Verpflichtung einer standesgemäßen und anständigen Behandlung, welche meist vereinbart wird, sich aber unter allen Umständen von selbst versteht.

Auch wo die Leibzucht bloß in der Gewährung einer Wohnung — Leibzuchtswohnung — besteht, hat sie gewöhnlich die Natur einer Reallast; der Altsitzer ist also im Falle des Unterganges des Wohngebäudes berechtigt, vom

---

4) Entsch. des O. Trib. Bd. 32 S. 345 ist zwar überschrieben „Der Konstituent eines Altentheils wird dem Altentheilsberechtigten persönlich verpflichtet." Aus der Entscheidung selbst geht aber hervor, daß dies nur für Fälle gelten soll, in welchen das Altentheil noch nicht dinglich war oder vor der Uebertragung auf einen neuen Besitzer mit Uebereinstimmung beider Theile die Dinglichkeit verlor.

5) Siehe unten Bd. 2 § 65 bei Ziff. 1 im Besonderen bei Anm. 13, vgl. auch unten Bd. 2 § 150 bei Anm. 27.

6) L. R. I, 11 §§ 603. 604. Gesetz vom 11. Juli 1845 § 1.

7) Oben § 308 zu Ref. § 305. G. B. O. § 76: „Altentheile werden in der zweiten Abtheilung eingetragen. In dem Eintragungsvermerk ist auf die zu den Grundakten in beglaubigter Form einzureichende Festsetzung des Altentheiles zu verweisen; einer Eintragung der einzelnen Leistungen bedarf es nicht." Weicht diese Festsetzung von den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages ab, so ist sie für Dritte allein maßgebend, da sie durch die Verweisung einen Theil der Eintragung bildet. Anders nur, wenn ein Irrthum, z. B. ein Schreibfehler untergelaufen ist und dies dem Dritten beim Erwerb bekannt war. Auch dies leugnet zwar Turnau zu G. B. O. § 76 mit Berufung auf E. E. Gesetz § 12; aber der Fall der Nichteintragung und der Fall eines Fehlers in der Eintragung liegen ganz verschieden.

8) In der Festsetzung des Altentheiles liegt zugleich stillschweigend die Eintragungsbewilligung, so daß sowohl der Berechtigte wie der Grundeigenthümer gestützt auf dieselbe die Eintragung vom Grundbuchrichter fordern kann. So auch R. G. Bd. 27 S. 232 vgl. auch dort Citirte.

9) R. G. Bd. 25 S. 280. Ueber das Wahlrecht, wenn Naturalleistungen oder Geldzahlungen vereinbart werden, vgl. unten Bd. 2 § 29 Anm. 11.

Belasteten dessen Wiederherstellung oder die Beschaffung anderer Wohnung zu fordern.[10]

Inhalt und Umfang der Leistungen richtet sich, soweit ausdrückliche Festsetzungen fehlen, nach Herkommen des Ortes unter Abwägung der Kräfte des Guts und andererseits der Bedürfnisse des Altsitzers. Auch muß sich der Leibzüchter der Regel nach mit Naturalien der Art begnügen, wie sie das Grundstück trägt. Gleich anderen Alimenten sind Altentheilsleistungen im Zweifel im voraus zu entrichten.[11] Der Leibzüchter muß, wenn er sich nichts anderes vorbehalten hat, die Leistungen auf dem belasteten Grundstücke in Empfang nehmen.[12] Hat sich der Auswohner zur Empfangnahme nicht zu der Zeit eingefunden, in welcher vertragsmäßig die Erfüllung geschehen sollte, so kann er nicht Nachlieferung der Naturalien fordern, sondern nur den Betrag, um welchen der Belastete in Folge der Nichtleistung bereichert ist.[13] Trifft umgekehrt den Belasteten die Schuld der nicht rechtzeitigen Erfüllung, so kann er nicht Nachlieferung der Naturalien aufdrängen, sondern hat dem Berechtigten dessen volles Interesse zu leisten.

4. Die Ansprüche des Altsitzers sind übertragbar, soweit sie nicht ausschließlich für seine Person bestimmt und deshalb an dieselbe gebunden sind. Es ist daher der Leibzüchter, wenn sich nicht das Gegentheil aus Beschaffenheit und ersichtlicher Bestimmung der Leibzuchtswohnung ergiebt, zu deren Vermiethung ohne Zustimmung des Belasteten nicht befugt. Dergleichen höchstpersönliche Anrechte sind dem Altsitzer auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung entziehbar.[14] Nicht einmal unentgeltliche Aufnahme fremder Personen zu sich ist dem Altsitzer gewöhnlich gestattet, sie seien denn zu seiner Pflege und Wartung nöthig.[15]

Vielbestritten ist, ob der Altsitzer auf die Leibzucht heirathen und den neuen Ehegatten und die mit demselben erzeugten Kinder an den Vortheilen der Leibzucht, besonders der Wohnung Theil nehmen lassen kann. Dies ist thatsächlicher Natur und davon abhängig, ob durch die Theilnahme die Lage des Belasteten erheblich verschlechtert wird. Die Frage ist hiernach regelmäßig zu bejahen, wenn dem Leibzüchter eine besondere Leibzuchtswohnung und bestimmt festgesetzte Leistungen zustehen, zu verneinen aber, falls der Altsitzer nur gemeinsam mit dem Grundstückseigenthümer wohnt.[16] Auslegungsfrage ist

10) Gruchot Bd. 12 S. 443.

11) L. R. I, 16 § 61 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 39 S. 74 unten Bd. 2 § 160 bei Anm. 21.

12) L. R. I 5 § 259, unten Bd. 2 § 57 bei Anm. 14.

13) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 13 n. 156. Gruchot Bd. 19 S. 287.

14) Vgl. Rönne Erg. zu A. G. O. I, 24 § 116 ff. und oben § 288 bei Ziff. 2.

15) Seuffert Archiv Bd. 1 n. 250.

ferner, ob Auszugsleistungen, welche zwei Ehegatten zusammen zugesichert waren, nach dem Ableben des Einen dem Ueberlebenden, soweit sie theilbar sind, nur zur Hälfte oder ungeschmälert zu gewähren sind.[17] Läßt sich eine andere Meinung der Vertragschließenden nicht erkennen, so wird die geringere Verhaftung, also zur Leistung der Hälfte, als beabsichtigt angenommen.[18]

5. Der Altsitzer ist befugt, in Fällen schlechter Behandlung durch den Gutsannehmer, z. B. also bei erheblichen Beschimpfungen, bei Bedrohungen, körperlichen Verletzungen und fortdauernd schlechter Beschaffenheit der Leistungen, statt künftig fälliger Naturalleistungen Geldentschädigung zu fordern. Denn daß der Altsitzer unter solchen Verhältnissen weiter beim Gutsannehmer hause und dort die Naturalleistung in Empfang nehme, entspricht nicht den Gedanken und Zwecken bei Abschluß des Auszugsvertrages. Da ihn die Schuld des Annehmers an der Entgegennahme hindert, so gründet er hierauf mit Recht eine Entschädigungsforderung.[19] Dagegen kann der Altsitzer nicht Aufhebung der Gutsabtretung beantragen, wenn der Gutsannehmer seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt. Es ließe sich hierfür zwar anführen, daß in solchem Falle ein wesentlicher Zweck des Geschäftes nicht erreicht wird. Allein derselbe kann durch Klage auf Geldersatz noch immer wenigstens mittelbar verwirklicht werden; für solche Fälle aber besteht eine Klage auf Aufhebung des Geschäftes der Regel nach nicht.[20] Anders, wenn der Guts-

16) Entsch. des O. Trib. Bd. 4 S. 23. Gemeinrechtlich herrscht Streit. Die Volksansicht tritt in der Parömie hervor: „Ein Leibzüchter darf nicht züchten." Nicht selten hat man l. 4 § 1 D. de usu 7, 8 hiergegen ins Feld geführt. Vgl. auch Hommel rhaps. vol. II obs. 253.

17) Es finden sich drei Ansichten: a) für ungeschmälerte Fortreichung der Leistungen, so Eccius Bd. 3 § 188 Anm. 108, b) verhältnißmäßige, den Gutskräften und den Bedürfnissen des Ueberlebenden entsprechende Verminderung, c) Theilung der theilbaren Leistungen. Die zweite Auffassung, an sich wohl zu rechtfertigen, ist praktisch schwer zu verwirklichen. Man wird sich für Theilung der theilbaren Leistungen entscheiden müssen, falls dies nicht ersichtlich der Vertragsabsicht zuwiderläuft. Nicht zu theilen ist z. B. das Brennholz für die Auszugsstube. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 20 n. 151.

18) Präj. des O. Trib. n. 618, siehe auch L. R, I, 11 § 615. Vgl. auch oben § 274 bei Anm. 2.

19) Dies nimmt auch das Obertribunal an. Es stützt sich hierbei indessen nicht auf die besondere Natur des Altentheilsvertrages, sondern auf L. R. I, 5 § 369: „Ist zwar nicht die Erfüllung des Vertrages, aber doch die darin bestimmte Art der Erfüllung unmöglich und diese Unmöglichkeit ist durch die Schuld des Verpflichteten oder durch einen in dessen Person sich ereignenden Zufall entstanden, so ist der Berechtigte eine andere Erfüllungsart zu wählen befugt." Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 124 ff. Strietshorst Archiv Bd. 6 S. 103, Bd. 65 S. 144. Die Beziehung auf diesen Text ist unglücklich. Nicht die Art der Erfüllung, sondern die versprochene Leistung selbst ist unthunlich, nicht eine andere Erfüllungsart wird gewählt, sondern Ersatz wegen Schuld des Belasteten. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 888.

20) Allerdings suchte das Obertribunal eine Klage auf Aufhebung der Gutsüberlassung im Präj. n. 2066 durch Beziehung auf L. R. I, 5 § 408 zu begründen. Danach soll „bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind," ein Abgehen vom

annehmer den Ausgedinger ermordet, oder schuldhafterweise seinen Tod verursacht hat. Hier ist die vertragsmäßige Leistung durch die Schuld des Verpflichteten völlig unmöglich geworden. Es können daher die Erben das überlassene Grundstück vom Gutsübernehmer wegen völliger Vereitelung der Zwecke des Geschäftes zurückverlangen.[21]

§ 311. Laudemien.[1]

1. Die bei Besitzveränderungsfällen zu entrichtende, meist in bestimmten Procenten des Verkaufspreises bestehende, auf einem Grundstück ruhende Abgabe — das Laudemium — ist zu den Reallasten zu zählen, obgleich sie sich von anderen Lasten dieser Art durch ihre Unständigkeit unterscheidet.[2] Die Auflegung von Laudemien war dereinst Regel im Falle der Verleihung von Grundstücken zu bäuerlichen Nutzungsrechten. Daher spricht bei ehemaligen Erbzinsgütern die Vermuthung für die Laudemialeigenschaft.[3] Aber auch bei Grundstücken, die im ungetheilten Eigenthum standen, findet sich die Last.[4]

Nicht laudemialpflichtig sind regelmäßig Abkömmlinge des letzten Besitzers, ohne Unterschied, ob sie von demselben das Grundstück ererbten, oder unter Lebenden annahmen, oder erst bei einer Erbtheilung durch Abfindung anderer Abkömmlinge in dessen Besitz kamen. Denn sie gelten als in der ursprünglichen Verleihung inbegriffen.[5]

Im einzelnen Falle wird die Abgabe fällig mit Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche.[6] Wo sich der Eigenthumserwerb aber ohne Eintragung vollzieht, kann der Laudemialberechtigte die Eintragung

---

Vertrage im Falle der Nichterfüllung gerechtfertigt sein. Mit Recht aber hat man hiergegen geltend gemacht, daß der Vertrag auf Gutsüberlassung gegen Reichung eines Auszuges durchaus nicht unter jene Vertragskategorie zu rechnen sei. Vgl. hiergegen Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 181 ff. Gruchot Bd. 3 S. 163 ff. S. 461 ff. Auch das Obertribunal hielt an jenem Präjudiz nicht fest. Striethorst Archiv Bd. 6 S. 4. Unten Bd. 2 § 26 Anm. 12.

21) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 64 S. 17 ff. Eccius Bd. 3 § 188 Anm. 106 findet dies „willkürlich" und „unjuristisch". Wir erachten die Rückforderung als der Meinung der Betheiligten bei Abschluß derartiger Verträge entsprechend. Sie würden die Auflösung vorgesehen haben, wenn sie diesen Fall in Betracht gezogen hätten. Vgl. auch L. R. I 5 § 378.

1) Lette und Rönne Landeskulturgesetzgebung Bd. 2 S. 388 ff.

2) Früher verneinte das Obertribunal um deswillen die Eigenschaft der Laudemien als Reallasten Entsch. Bd. 24 S. 349. Dagegen hat es dieselbe in neuerer Zeit überwiegend anerkannt. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 82 S. 80. — Im Uebrigen vgl. oben § 305 Buchst. c und § 308.

3) L. R. I, 18 § 714.

4) Vgl. L. R. I, 18 §§ 815 und 816.

5) L. R. I, 18 § 716 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 50 S. 192.

6) L. R. I, 18 § 731.

durch Vermittelung des Grundbuchrichters erzwingen.[7] Die Verpflichtung ruht auf dem Erwerber des Grundstücks.

Steht zwar die Laudemialpflicht fest, nicht aber die Höhe des Laudemiums, so ist dasselbe bei ehemaligen Erbzinsgütern auf zwei Procent des Kaufpreises zu bemessen, eine landrechtliche Bestimmung, die sich an das römische Recht anlehnt.[8] [9]

2. Die Laudemialpflicht, welche man als eine erst in der Zukunft vom Besitznachfolger zu entrichtende Abgabe dereinst ohne besonderes Widerstreben übernahm, wurde lästig, seit die Grundstücke in den raschen und häufigen Verkehrswechsel der Neuzeit geriethen, mit dem eine stete Steigerung des Werthes, also auch dieser Abgabe, verbunden war. Seitdem tritt ihr die Gesetzgebung entgegen. Schon aus dem Landeskulturedikt vom 14. September 1811 folgerte man die Unzulässigkeit fernerer Auflegung dieser Belastung als einer kulturschädlichen,[10] eine Folgerung, welche das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 im Wege authentischer Deklaration bestätigte. Außerdem beseitigte dieses Gesetz ohne Entschädigung die hier und da vorkommenden Laudemien bei Besitzveränderungen der herrschenden Hand, ließ ferner bei Veränderungen der dienenden Hand nur eine — die höhere — von mehreren Grundabgaben bestehen, da man die gesetzliche Vermuthung aufstellte, daß die niedere zu den aus bloß öffentlichrechtlichen Verhältnissen entspringenden, vom Gesetze allgemein aufgehobenen Abgaben gehörte.[11] Endlich erklärte das Gesetz die Berufung auf Observanz behufs des Nach-

7) Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 227. G. B. O. §§ 55. 56.

8) L. R. I, 18 § 720. Die l. 3 C. de jure emphyteutico 4, 66 hat aber freilich einen zwingenden Charakter und verbietet eine höhere Abgabe als zwei Procent, was die deutsche Praxis nicht anwendete.

9) Ueber die Einzelheiten der Berechnung, besonders über die Berechnung, im Falle das Gut aus anderem Rechtsgrunde als Kauf übergeht, vgl. L. R. I, 18 § 720 ff. Das Inventar ist der Regel nach frei, es sei denn, daß der Berechtigte nachweist, daß dasselbe bei der ersten Gutsverleihung mit übergeben wurde. L. R. I, 18 § 721; hinsichtlich der auf dem Grundstücke errichteten Gebäude siehe Plenarbeschluß des O. Trib. vom 22. November 1847, Entsch. Bd. 15 S. 23. Derselbe unterscheidet im Anschluß an ältere Praktiker meliorationes ordinariae, d. h. solche, welche der regelmäßigen Bestimmung des Grundstückes im Sinne der Verleihung entsprechen, z. B. Bau einer Scheune auf einem Bauergute, Neubauten auf einem städtischen Baugrundstücke — vgl. Gruchot Bd. 24 S. 101 ff. —, und meliorationes extraordinariae, z. B. Einrichtung eines Wohnhauses auf einem bei einer Stadt gelegenen früheren Ackergute, oder Bau einer Fabrik auf demselben. Der Gebäudewerth ist bei der ersten Art nicht abzuziehen, wohl aber bei der zweiten. Die Beweislast liegt dem ob, welcher die Einrede des Abzuges macht. — Im Falle einer Ablösung solcher Lasten von dem Grundstücke, welche nicht einseitig ohne Willen des Laudemialherrn auf dasselbe gelegt waren, ist das Ablösungskapital in Abzug zu bringen. Deklaration vom 25. April 1845.

10) Landeskulturedikt vom 14. September 1811 §§ 2. 7. Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 242.

11) Vgl. Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 38.

weises der Laudemialpflichtigkeit eines Grundstückes für unzulässig, was seine Veranlassung in den sehr verschiedenen Anforderungen hatte, welche die Gerichte behufs Klarstellung einer Observanz gemacht hatten. Dagegen soll es zum Nachweis der Laudemialpflicht genügen, wenn dieselbe von einem Besitzer des Grundstückes in einer öffentlichen Urkunde auch ohne Angabe des Rechtsgrundes anerkannt war.[12] Die Ablösung dieser Last wurde endlich in besonderm Maße erleichtert. Bei derselben wurden für jedes Jahrhundert höchstens 3 Besitzveränderungsfälle angenommen. War die Aufgabe bei jeder Rechtsnachfolge außer dem von Abkömmlingen zahlbar, so werden 2 Fälle auf ein Jahrhundert gerechnet.[13] Die Schätzung der Besitzveränderungsabgabe geschieht nach dem gemeinen Kaufwerthe des Grundstückes, wobei jedoch verschiedene Abzüge zu machen sind. Der hundertste Theil der Summe, welche hiernach den Ertrag der Abgabe für ein Jahrhundert ausmacht, bildet den Jahreswerth der abzulösenden Berechtigung. Vom Zeitpunkte des Ablösungsantrages an sind Besitzveränderungsabgaben nicht mehr zu leisten. Dagegen ist dem Berechtigten von da ab die später ermittelte Jahresrente zu berechnen.[14]

12) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 40. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob das Anerkenntniß dem Berechtigten gegenüber abgegeben ist. Bei der singulären Natur der Vorschrift genügt daher selbst ein Anerkenntniß, welches von dem Verpflichteten einem Dritten abgegeben wurde, beispielsweise in Kaufverträgen, durch welche das pflichtige Grundstück veräußert wurde. Striethorst Archiv Bd. 5 S. 69.

13) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 42 Ziffer 1.

14) Ablösungsgesetz § 43 ff.

Fünfter Abschnitt.

Das Pfandrecht.[1]

§ 312. Hypothek und Mobiliarpfandrecht.

1. Das römisch-justinianische Pfandrecht gewährte in Form eines dinglichen Rechtes ein Anrecht auf Besitz und privaten Verkauf einer fremden körperlichen Sache zur Sicherung einer Forderung.

Im Grunde bestand nach jüngstem römischem Rechte nur ein Pfandrechtsinstitut, die Hypothek. Denn diese durch formlosen Vertrag an beweglichen, wie an unbeweglichen Sachen begründbar, hatte in Folge der Leichtigkeit ihrer Bestellung die älteren pfandrechtlichen Formen verdrängt oder aufgesogen.[2] Das Faustpfand unterschied sich von der Hypothek nur noch durch die sofortige Besitzübertragung, unterlag aber im übrigen den Grundsätzen der Hypothek.[3] Bequem war hiernach wohl die Verpfändung. Aber es fehlte die Sicherheit dagegen, daß das bewilligte Pfandrecht durch ältere Hypotheken entwerthet, oder wegen Mangels des Eigenthums des Bestellers ungültig war. Daher wurde man zur Verpfändung des gesammten jetzigen und künftigen Vermögens, der Generalhypothek, gedrängt, damit der Umfang des Rechtes die Garantien ersetze, welche man in Verpfändung einzelner Gegenstände nicht fand. Damit wurde aber im Ganzen die Unsicherheit des dinglichen Rechtszustandes noch gesteigert, so daß das Pfandrecht keine andere Bedeutung hatte, als die einer Verstärkung des persönlichen Kredites und eines Vorzugsrechtes vor jüngeren Gläubigern, welches dann selbst wieder durch zahlreiche Pfandprivilegien — insbesondere der Dotalhypothek — unsicher wurde.

2. In Deutschland bestanden vor der Reception des römischen Rechtes für die verschiedenartigen Bedürfnisse des Verkehres verschiedene pfandrecht-

1) Für das gemeine Recht siehe Dernburg das Pfandrecht nach römischem Recht 2 Bde. 1860 und 1864. Ueber preußisches Pfandrecht schrieb Schmidt: Grundsätze des gemeinen preußischen Pfandrechtes 1840 — jetzt veraltet.

2) Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 7 ff.

3) l. 5 § 1 D. de pignoribus 20, 1: Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

liche Institute.[4] Handelte es sich um dauernde Belastung von Grundstücken, so bot sich der Rentenkauf dar, wie auch die s. g. ältere Satzung, bei welcher der Gläubiger bis zur Wiedereinlösung die nutzbare Gewere des Grundstückes gewann. Für mehr vorübergehende Kreditbedürfnisse diente zunächst bei beweglichen, später auch bei unbeweglichen Sachen, die s. g. neuere Satzung, durch welche ein Pfandstück einem Gläubiger als gerichtlicher Exekutionsgegenstand mit Vorrecht vor anderen Gläubigern zugewiesen wurde.[5] Diese jüngere Satzung gewann bei der Aufnahme der römischen Hypothek entscheidenden Einfluß auf das pfandrechtliche Verkaufsrecht des Hypothekengläubigers,[6] so daß ganz überwiegend das Recht, auf die gerichtliche Veräußerung der Pfandsache anzutragen,[7] an die Stelle des römischen Privatverkaufes trat.

Bei weiterer Entwickelung trat eine Scheidung des von den Römern übernommenen Pfandrechtsinstitutes in zwei Hauptgruppen ein, in die Hypothek einerseits, das Pfandrecht an Grundstücken, bei welcher die eingetragene Schuld häufig auch eine innere Beziehung zum Grundstück hat, z. B. zu Verbesserungen desselben, zum Erwerb durch Kauf, Erbtheilung aufgenommen ist, und in das Mobiliarpfandrecht an beweglichen Sachen andererseits, welches mehr für vorübergehende und persönliche Kreditbedürfnisse des Verpfänders bestimmt ist. Für beide Institute entwickelten sich Formen jedoch verschiedener Art: die Hypothek verlangte Eintragung in die Grundbücher der belegenen Sache, das Mobiliarpfandrecht Besitzübertragung. Damit war von selbst die erwünschte Specialität des Pfandrechtes gegeben. Denn beide Formen sind nur anwendbar auf einzelne bestimmte Gegenstände; die Generalhypothek mußte zum bloßen Pfandrechtstitel herabsinken. Die kreditschädlichen Privilegien einzelner Arten von Hypotheken erledigten sich damit gleichfalls.[8]

4) Stobbe P. R. Bd. 2 §§ 104. 106 ff.

5) Meibom das deutsche Pfandrecht 1867, Stobbe a. a. O. S. 272, Sohm Natur und Geschichte der modernen Hypothek in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 10 ff.

6) Sohm a. a. O. S. 19. Bei der Hypothek wurde Privatverkauf überhaupt nicht recipirt, bei dem Mobiliarpfand nur in beschränkter Weise, vgl. unten § 358.

7) L. R. I, 20 § 25.

8) Der zwanzigste Titel des L. R. „Von dem Rechte auf die Substanz einer fremden Sache" stellt im ersten Abschnitt „Das Recht des Unterpfandes" dar. Hier wird § 1—70 vom Pfandrecht im Allgemeinen, § 71 ff. vom Mobiliarpfandrecht, § 390 ff. von der Hypothek gehandelt. Bei der verschiedenen Entwickelung, welche Hypothek und Mobiliarpfandrecht nahmen, erscheint es nicht zweckmäßig, eine allgemeine Theorie des Pfandrechtes vorauszuschicken, die zum großen Theil in Abstraktionen bestehen müßte. Es ist hier nur darauf aufmerksam zu machen, daß die Normen von L. R. I, 20 § 1—70 für jede Art des Pfandrechtes bestimmt sind.

Erstes Kapitel.

Hypotheken= und Grundschuldrecht.[1 2]

I. Wesen der Hypothek und der Grundschuld.

§ 313. Realkredit und Pfandbriefwesen.

Die Förderung des Realkredites wurde in Preußen seit zwei Jahrhunderten mit Recht als eine der wichtigsten socialpolitischen Aufgaben des Staates angesehen. Nur der Realkredit setzte die Grundbesitzer in den Stand, von überlebten und unzureichenden Wirthschaftsformen zu den neuen, immer höheren Kapitalaufwand fordernden überzugehen. Damit steigerten sich die Erträgnisse und die Preise der Grundstücke, so daß fleißige und geschickte Wirthe in großer Zahl die Mittel gewannen, ihr Leben gedeihlich zu gestalten, daneben aber auch eine zahlreiche Nachkommenschaft, welche zu anderen Berufsarten überging, nach den Standesverhältnissen auszustatten und abzufinden. Um des Realkredites willen wurde das Grundbuch eingerichtet. Auch das materielle Hypothekenrecht wurde in stetem Hinblick auf dessen Anforderungen ausgebildet.

1. Die größten Erfolge in dieser Richtung hat das preußische Recht durch die landschaftlichen Kreditanstalten und die Einrichtung der Pfandbriefe errungen.[3]

---

1) Ueber das preußische Grundbuch= und Hypothekenrecht besteht nur eine Monographie, welche der Meibom'schen Sammlung Deutscher Hypothekenrechte angehört. Sie erschien unter dem allgemeinen Titel „Preußisches Hypothekenrecht" in zwei Abtheilungen. Die erste Abtheilung „die allgemeinen Lehren des Grundbuchrechts" enthaltend, von Dernburg und — meinem nunmehr dahingeschiedenen, gedankenreichen theueren Freunde — Hinrichs bearbeitet, erschien 1877, die zweite 1891, von Dernburg allein verfaßt, behandelt „das Preußische Hypothekenrecht" insbesondere. Diese letztere Abtheilung ist im folgenden mit „Dernburg Preuß. Hyp.=Recht" bezeichnet. — Die besondere Gestaltung des Preußischen Hypothekenrechts wird in diesem Buche vorzugsweise aus den wirthschaftlichen Zwecken, welchen dieses Recht seine Entstehung verdankt, erklärt und näher bestimmt. Solches Unterfangen hat Eccius ergrimmt — bei Gruchot Bd. 36 S. 655 und an verschiedenen Orten seines Privatrechtes. Als Gewährsmann für seine Apostrophen gegen mich hat er „einen höchstgestellten juristischen Staatsbeamten" beigebracht, laut dessen von ihm citirten Privatbrief „die Verflüchtigung aller festen Grenzscheiden und die Vermengung von Jurisprudenz und Nationalökonomie zu verschwommenen, die Festigkeit des Rechtes auflösenden Zuständen führt." So was ist freilich nicht zum Lachen. Wenn leitende „höchstgestellte Staatsbeamte" auf einem derartigen Standpunkte stehen, so ist nur zu sehr zu fürchten, daß die Handhabung des Rechts immer mehr vom wirthschaftlichen Leben und der Gesammtheit des Staatswesens isolirt, erstarrt und verkommt. Doch Gottlob, es giebt in Preußen noch praktische Juristen, sowohl „hochgestellte Staatsmänner", wie gewöhnliche Richter, welchen das Recht mehr ist als ein Aggregat todter Regeln, vielmehr ein lebendiger Organismus, bestimmt wirthschaftlichen, socialen und ethischen Bedürfnissen zu dienen. Auf diesen beruht die Zukunft der deutschen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

2) Ueber die Quellen des Preuß. Hypothenrechts vgl. oben § 191.

Sie danken ihre Entstehung der persönlichen Initiative Friedrichs des Großen.

Im Jahre 1770 wurde in Folge derselben das schlesische Kreditinstitut geschaffen, bald folgten das kurmärkische, das pommersche, das ost- und das westpreußische Pfandbriefinstitut. Diese Kreditverbände mit genossenschaftlicher und zugleich staatlicher Organisation — s. g. Landschaften — beleihen die ritterschaftlichen — neuerdings zum Theil auch die bäuerlichen — Grundstücke ihres Bezirkes auf Antrag hypothekarisch an erster Stelle bis zu bestimmten Werthquoten. Die Darlehen werden in Pfandbriefen gegeben, welche der Grundbesitzer auf dem Geldmarkt oder sonst wie verwerthen mag. Die Eintragung der Darlehen im Grundbuche erfolgt als Pfandbriefschuld auf den Namen des darleihenden Kreditverbandes als Gläubigerin. Die Rückzahlung hat gleichfalls in Pfandbriefen zu geschehen. Pfandbriefe bilden Inhaberpapiere, welche in einzelnen Appoints formularmäßig ausgestellt werden. Die Zinsen berichtigt die Landschaft, welche dieselben ihrerseits von den Besitzern der beliehenen Grundstücke bezieht. Die Landschaft steht den Gläubigern auch für das Kapital ein, so daß nicht bloß ihr Korporationsvermögen, sondern letztlich die Grundstücke aller bei ihr betheiligten Grundbesitzer haften. Zunächst aber sicherte, wenigstens nach den älteren Ordnungen, den Pfandbriefinhaber die ihm zugesicherte Specialhypothek an dem mit dem Pfandbriefdarlehen beliehenen Gute. Persönlich ist dessen Besitzer aus dem Pfandbriefdarlehen nicht verhaftet.

In unserem Jahrhundert wurde Manches an der Organisation geändert, Amortisation der Pfandbriefschulden eingeführt, dagegen die regelmäßige Kündigung der Pfandbriefschuld, welche den Inhabern der Pfandbriefe offen stand, diesen entzogen. Die neuerdings ausgegebenen Pfandbriefe ferner enthalten keine Specialhypothek mehr zu Gunsten des Pfandbriefinhabers. Schuldner des Pfandbriefgläubigers ist vielmehr bei ihnen allein der Kreditverband. Der Kreditverband ist gesichert durch die Hypothek, welche ihm der Grundbesitzer für die Pfandbriefschuld auf seinem Grundstück stellt. Hierin liegt aber mittelbar auch eine Deckung der Pfandbriefinhaber, da die Kreditanstalt nur für den Betrag Pfandbriefe ausgeben darf, für welchen sie Hypotheken eintragen läßt.

Nach diesen Grundsätzen wurden in den letzten Jahrzehnten zahlreiche neue Kreditverbände der Grundbesitzer, theils landwirthschaftlicher, theils städtischer als Korporationen in das Leben gerufen.[4]

---

3) Wilhelm v. Brünneck Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Pfandbriefsysteme nach preuß. Rechte bei Gruchot Bd. 28 n. 3, 7, 10, Bd. 29 n. 2, 5 und 12. Dernburg Preuß. Hyp. Recht S. 13.

Nicht minder erstanden zahlreiche Hypothekenaktienbanken, welche Grundbesitzern Darlehen gegen hypothekarische Sicherheit in Pfandbriefen gewähren. Schuldner der Pfandbriefgläubiger ist die Aktiengesellschaft. Ein Vorrecht an den der Aktiengesellschaft zustehenden Hypotheken haben die Pfandbriefgläubiger nicht. Sie können daher durch Konkurrenz anderer Gläubiger der Gesellschaft gefährdet werden, wenn dieselbe sich in unglücklich verlaufende Spekulationen einläßt.

2. Neben der Beleihung durch Pfandbriefe blieb die einzelne Hypothek — welche wir Individualhypothek nennen — selbstverständlich Bedürfniß. Denn soweit die Kreditinstitute ihren Geschäftskreis ausdehnen mögen, sie bleiben an gewisse allgemeine Normen und an beschränkte Beleihungsgrenzen gebunden, können daher nie den Realkredit erschöpfen. Aber die Vortheile, welche die Pfandbriefinstitution Kapitalisten wie Grundbesitzern gewährt, möglichst auf die Individualhypothek zu übertragen, war ein natürliches Bestreben. Es gehört zu diesen Vorzügen namentlich Erleichterung der Verkehrsfähigkeit der Hypotheken, und die Möglichkeit, an eigener Sache ein Pfandrecht zu haben. Mit jenem Bestreben wurde ein bedeutsames Ferment der Entwickelung in das Hypothekenrecht gelegt. Es fehlt aber viel daran, daß sich die Individualhypothek in so einfacher, einheitlicher Weise ausbildete, wie die Pfandbriefinstitution. Vielmehr findet sich in dem Hypothekenrecht ein Kampf verschiedenartiger Richtungen und Anschauungen. Einen befriedigenden Abschluß hat derselbe auch durch die jüngsten Grundbuchgesetze nicht gefunden.

§ 314. Hypothek und Grundschuld.

Kardinalfrage für das Hypothekenrecht ist, ob die Hypothek eine persönliche Forderung voraussetzt, und in welchem Verhältnisse sie zu solcher steht.

1. Das römische Pfandrecht hat eine streng accessorische Natur. Es ist nur um der versicherten persönlichen Forderung willen da, hat also keinen selbständigen Zweck und keinen selbständigen Werth. Sein Entstehen und

4) G. B. O. § 47 bestimmt: „Die für die Kreditinstitute ergangenen statutenmäßigen Vorschriften über die Aufnahme, Eintragung und Löschung der Pfandbriefdarlehne, sowie über die Umschreibung eingetragener Forderungen in Pfandbriefdarlehne und die Umwandlung der Pfandbriefe bleiben unberührt." R. G. Bd. 2 S. 286 hat entschieden, daß § 47 nur das Verfahren bei Eintragung und Löschung der Pfandbriefdarlehne betreffe, daß sich der Inhalt der Eintragungsgesuche aber nach den neueren Grundbuchgesetzen zu richten habe. Vgl. Entsch. des Kam. Ger. Bd. 7 S. 76, Bd. 9 S. 83, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 38. Nach Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 202 bleiben ferner unberührt die besonderen Rechte der bestehenden Kreditverbände bei der Zwangsvollstreckung in die zu denselben gehörigen oder von ihnen beliehenen Grundstücke, mit Ausnahme jedoch in diesem Gesetze nicht begründeter Widerspruchsrechte gegen den Zuschlag in der Zwangsversteigerung. Hinsichtlich der Zwangsverwaltung bepfandbriefter Grundstücke giebt § 145 des Zwangsvollstreckungsgesetzes besondere Bestimmungen für die Kreditanstalten.

sein Fortbestehen ist hiernach von der persönlichen Forderung, welche es versichert, abhängig.[1]

2. Auch das Landrecht bezeichnet das Pfandrecht als ein zur Sicherheit einer Forderung eingeräumtes dingliches Recht an fremder Sache, vermöge dessen der Berechtigte seine Befriedigung aus deren Substanz verlangen kann.[2] Dies scheint mit der römischen Auffassung übereinzustimmen. Aber in der Ausprägung der einzelnen Rechtssätze der Hypothek offenbaren sich grundsätzliche Verschiedenheiten. Bei der Begründung zwar und in der ersten Hand galt eine rechtsbeständige persönliche Forderung als Voraussetzung.[3] Dagegen erachtete man als Verkehrsbedürfniß, daß redliche entgeltliche Erwerber der Hypothek das dingliche Gläubigerrecht auch dann erhielten, wenn eine persönliche Forderung nicht mehr bestand. Man verlieh der Hypothek Ordrequalität. Der Cessionar einer Hypothekenforderung unterlag hiernach, soweit er das dingliche Recht geltend machte, den Einreden aus der Person des Cedenten nicht, wenn er sie beim Erwerb nicht kannte.[4] Die zu Grunde liegende persönliche Forderung dagegen war, trotzdem sie hypothekarisch versichert war, nicht anders zu behandeln, als Forderungen überhaupt. Daher unterliegt der Cessionar den Einreden aus der Person des Cedenten, soweit es sich um Geltendmachung der persönlichen Forderung handelt, schlechthin, auch wenn er dieselben beim Erwerb nicht kannte.[5] Eine derartige Gestaltung verträgt sich nicht mit der bloß accessorischen Natur der Hypothek, welche auch sonst nicht festzuhalten war.[6] [7] Das eingetragene formalisirte Hypothekenrecht ließ sich an das flüssige Obligationenrecht nicht dauernd binden.

---

1) Dernburg Pand. Bd. 1 § 261 Anm. 7.

2) L. R. I, 20 § 1, und § 415.

3) L. R. I, 20 §§ 11 und 12.

4) L. R. I, 20 § 423 ff., vgl. Anhang § 53 zu L. R. I, 20 § 511.

5) Plenarbeschluß des O. Trib. vom 19. März 1855, Entsch. Bd. 30 S. 21, vgl. unten § 342 Anm. 1.

6) Das Hypothekenrecht unterliegt, soweit es sich um das eingetragene Kapital handelt, keiner Verjährung, die persönliche Forderung aber, auf welcher die Hypothek beruht, ist der Verjährung nicht entzogen. Vgl. Entsch. d. O. Trib. Bd. 9 S. 266, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 49. — Die nachlandrechtliche Gesetzgebung bildete ferner den Satz aus, daß der Eigenthümer der Pfandsache das Hypothekenrecht erhält, wenn die eingetragene Forderung durch Zahlung aus seinen Mitteln oder Konfusion getilgt wurde. Der Fortbestand der persönlichen Forderung aber ist nicht anzunehmen, keinenfalls aber etwas unter allen Umständen eintretendes. Vgl. unten § 337 Anm. 8.

7) Hiernach ist es selbstverständlich, daß das preußische Recht die äußerste Spitze des Accessionscharakters im römischen Rechte, das beneficium excussionis personalis, welches Justinian in der nov. 4 cap. 2 geschaffen hat, aufgab, sodaß der dritte Besitzer der Pfandsache den klagenden Gläubiger nicht mehr auf vorgängige Exekution gegen den persönlichen Schuldner verweisen kann. Es darf jedoch der Bürge, welcher für seine Bürgschaftsschuld Hypothek gestellt hat, in seiner Eigenschaft als Bürge den Gläubiger zunächst auf den Hauptschuldner und die von diesem gestellten Pfänder verweisen; dieses

3. Bei dieser Sachlage lag es nahe, durch durchgreifende gesetzgeberische Maßnahmen dem Verhältniß eine einheitlichere Gestalt zu geben. Es entstand der Gedanke der selbständigen Hypothek. Vorbilder gaben die Reallasten, insbesondere das Institut des Rentenkaufes, welches bis zur Reception des römischen Rechtes in Deutschland die hauptsächliche Weise für die dauernde Anlegung von Kapitalien bildete. Denn bei diesem Geschäft wurde dem Kapitalisten gegen Uebereignung einer Summe der Anspruch auf eine Rente aus dem Grundstück des Rentenverkäufers gewährt, so daß die Verhaftung des Grundstückes eine selbständige, aus dem Wesen des Geschäftes hervorgehende, nicht eine accessorische war.[8]

Dies sollte nach der Ansicht kühner Reformer des Hypothekenrechtes so geschehen, daß der Schuldgrund der Hypothek bei der Eintragungsbewilligung und der Eintragung der Hypothek nicht anzugeben war, daß die Hypothek also eine abstrakte Summenbelastung bildete und daß die Einreden aus dem unterliegenden Kreditverhältniß selbst dem ersten Nehmer der Hypothek gegenüber ausgeschlossen sein sollten.

4. Die selbständige Hypothek wollten die Regierungsentwürfe des jetzigen Grundbuchrechtes verwirklichen.[9] Sie gedachten abgesehen von der Kautionshypothek, welche zur Sicherung von Ansprüchen noch unbestimmter Höhe dient, einzig solche selbständige Hypotheken zu ermöglichen.

Hiergegen erhob sich jedoch wohlbegründeter Widerspruch. Bei Berathung der Entwürfe beschloß daher das Herrenhaus auf Vorschlag seiner Kommission, zwei Formen hypothekarischer Belastung.[10] Die eine, welche der Hypothek des Regierungsentwurfs entspricht, nannte man Grundschuld. Sie sollte eine selbständige und abstrakte Summenbelastung des Grundstückes bilden, dem Wechsel vergleichbar, so daß man gegen sie dieselben Einreden zuließ, wie gegen einen Wechsel. Die andere Form sollte die accessorische gemeinrechtliche Hypothek bilden, gegen welche alle Einreden, welche die persönliche Forderung auch aus der Person der Vormänner betrafen, offenstehen sollten. Solche Natur hätten dann die gesetzlichen und die

---

Recht geht auch auf den über, welcher die verpfändete Sache vom Bürgen erwirbt. Die von einem Bürgen gestellte Grundschuld unterliegt diesen Grundsätzen nicht. Vgl. L. R. I, 20 § 48 ff., I, 14 § 283. Ueber die Einrede von L. R. I, 20 § 46 vgl. unten § 343.

8) Oben § 305 Anm. 1. Stobbe P. R. Bd. 2 § 104, Meibom deutsches Pfandrecht S. 14, 273 ff.

9) Vgl. über den Entwurf und die sich an ihn knüpfenden Landtagsverhandlungen Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 23 S. 344; Dernburg Pr. Hyp. R. S. 55.

10) In der Litteratur hatte die Trennung in zwei Institute vorzugsweise vertreten: Bremer Hypothek- und Grundschuld 1869, Bähr Die preußischen Entwürfe in Iherings Zeitschr. Bd. 11 S. 99. 103. Gegen die Aufnahme zweier verschiedener Formen erklärte sich u. A. v. Meibom im Jahrbuch von Bekker Bd. 4 S. 510.

Zwangshypotheken gehabt, außerdem diejenigen Vertragshypotheken, welche die Betheiligten dem Verkehrsumlauf nicht bestimmten.

Das Abgeordnetenhaus ging zwar auf den Gedanken zweier Formen hypothekarischer Belastung ein, bildete ihn aber in anderem Sinne aus als das Herrenhaus. Man schloß auch bei Hypotheken gegenüber redlichen Erwerbern der Person des Vorbesitzers entnommene Einreden aus, gab also auch ihnen Ordrequalität.[11] Es wurden hiermit zwei Formen für die Verkehrshypothek nebeneinander gestellt, nämlich die landrechtliche Hypothek und die Grundschuld. Die streng accessorische Hypothek beschränkt sich auf die Kautionshypothek. Die Regierung hegte die Erwartung, daß das vermeintlich vollkommene Institut der Grundschuld die unvollkommene Hypothek bald aus dem Verkehr verdrängen werde. Sie schloß sich dem Abgeordnetenhause an, dessen Entwurf zum Gesetz wurde.

5. Hypothek ist hiernach die Pfandbelastung eines Grundstückes mit einer Summe, welche den Schuldgrund bezeichnet, wobei sie sich bei ihrer Begründung gewöhnlich mit einer persönlichen Verbindlichkeit verknüpft,[12] ohne an deren Fortbestehen schlechthin gebunden zu sein. Grundschuld ist die abstrakte und selbständige Summenbelastung eines Grundstückes.[13] Auch die Grundschuld kann neben eine persönliche Verbindlichkeit treten, um sie zu sichern. Aber wesentlich ist, daß man bei der Eintragung der Summe auf das Grundstück, und demzufolge in dem die Eintragung wiedergebenden Grundschuldbrief hiervon völlig absieht.

Es geschah das der Regierung völlig Unerwartete. Der Verkehr hielt an der Hypothek überwiegend fest; die Grundschuld ist nur eine Aushülfe für besondere Fälle geblieben. Die landrechtliche Hypothek, obgleich von geringerer juristischer Folgerichtigkeit, entspricht — dies scheint die gemachte Erfahrung zu beweisen — mehr dem praktischen Bedürfniß als die Grundschuld. In der Regel knüpft sich, wie bemerkt, die Hypothek im Verkehr an eine persönliche Verbindlichkeit. Dies würde an sich auch mit der Grundschuld vereinbar sein. Der loyale Verkehr legt aber Gewicht darauf, daß der Schuldgrund, auf welchem die persönliche Verhaftung wie auch stets die dingliche Belastung beruht,

---

11) So entstand E. E. Ges. § 38.

12) Wesentlich ist dies gleichwohl nicht, vgl. auch E. E. Ges. § 52 Abs. 1. Es steht nichts im Wege, daß der Gläubiger sich von vornherein mit der dinglichen Verhaftung des Grundstücks begnügt und auf die persönliche Verpflichtung des Schuldners verzichtet. Wird nur im Grundbuch der Schuldgrund eingetragen, so erwächst dem Gläubiger eine Hypothek und keine Grundschuld.

13) Brettner Unterschiede der Grundschuld und der Hypothek bei Gruchot Bd. 17 S. 161 ff., Jaeckel Selbständigkeit der Grundschuld ebendaselbst Bd. 18 S. 551, Voß zur Theorie der Grundschuld in Behrends Zeitschrift Bd. 8 S. 477, Schulzenstein drei Fragen 1876 S. 18, Kühnast Grundschuld, Rummelsburg in Pommern 1877.

bei der Eintragung im Grundbuch und im Hypothekeninstrument hervorgehoben und offengelegt werde. Der Verkehr findet hierin einen Anhalt zur Beurtheilung der Kreditoperation. Die Vortheile einer undurchsichtigen, abstrakten Summenbelastung schlägt er bei Ertheilung des Realkredites nur gering an.

6. Die beiden Arten des Grundstückspfandrechts unterliegen überwiegend gleichen Rechtssätzen. Doch suchte man die Umlaufsfähigkeit der Grundschuld besonders zu steigern. Nur bei ihr ist Abtretung ohne Ausfüllung des Namens des Erwerbers — Blankocession, sowie Ausstellung von Zinsquittungsscheinen zulässig.[14] Ferner ist Verzicht auf Ausstellung eines Grundschuldbriefes unzulässig, während auf Ausstellung eines Hypothekenbriefes verzichtet werden kann. Die Praxis nimmt außerdem an, daß sich die Abtretung der Grundschuld erst durch Aushändigung des Grundschuldbriefes, die der Hypothek schon durch die Cession vollzieht.[15] Einreden gegenüber dritten gutgläubigen Erwerbern wurden bei der Grundschuld immerhin in etwas anderer Weise geordnet und in etwas weiterem Maße ausgeschlossen als bei der Hypothek. Begründung einer Grundschuld an eigener Sache ist möglich, nicht aber Begründung einer Hypothek an eigener Sache. Ein erheblicher Vorzug der Hypothek vor der Grundschuld liegt in Folgendem. Uebernimmt der Erwerber eines Grundstückes die auf demselben lastende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld, so erlangt der Gläubiger die persönliche Klage gegen den Erwerber, und verliert sie unter gewissen Voraussetzungen gegen den Veräußerer.[16] Bezüglich der neben einer Grundschuld stehenden persönlichen Verpflichtung ist Aehnliches nicht vorgesehen. Es würde dies auch ihrem Grundgedanken nicht entsprechen.

Da die Grundschuld immerhin nur eine Nebenform der Hypothek bildet, so rechtfertigt es sich, daß wir im Folgenden unter der Bezeichnung der Hypothek in der Regel die Grundschuld mitbegreifen.

7. Was Hypothek und was Grundschuld ist, kann unter Umständen zweifelhaft sein. Daß das Wort Grundschuld bei der Eintragung gebraucht sei, ist nicht unumgänglich. Vielmehr ist das gesetzliche Kennzeichen der Grundschuld, daß sie als nackte Summenschuld eingetragen wird, also den Schuldgrund nicht angiebt, das Kennzeichen der Hypothek dagegen Hervorhebung des Schuldgrundes in der Eintragung.[17] [18]

---

14) E. E. Ges. § 55.

15) Unten § 325 bei Ziff. 2.

16) E. E. Gesetz § 41; vgl. unten Bd. 2 § 65 bei Ziff. 2.

Die Hypothek kann, wie nach römischem Rechte, Nebenbestimmungen aufnehmen, demnach an Bedingungen jeder Art geknüpft, auch bis zu einem Endtermin bewilligt werden. Läßt auch die Grundschuld Bedingungen zu? Der Wortlaut des Gesetzes widersetzt sich dem nicht. Man wird jedoch, wenn die eingetragenen Bedingungen eine Abhängigkeit vom Schuldgrund herbeiführen, das Verhältniß als Hypothek behandeln müssen.

8. Allgemeiner Grundsatz ist, daß dem Schuldner bei Berichtigung seiner Schuld zurückgewährt werden muß, was er seinem Gläubiger zum Zweck des Beweises oder der Sicherung der Schuld eingeräumt hat. Dieser Satz wird zwar nach der Art des Landrechts nicht in solcher Allgemeinheit ausgesprochen. Aber er liegt zahlreichen Rechtssätzen zu Grunde. Auf ihm beruht die Pflicht des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheins[19] bei Zahlung der Schuld, ferner der Rückerstattung einer hingegebenen Arra, wenn deren Geber seine Verpflichtungen vollständig erfüllt hat, nicht minder der Zurückstellung des Faustpfands an den Schuldner, wenn derselbe seine Schuld tilgt.[20] Jener Satz entspricht der Logik, der Gerechtigkeit und der Billigkeit.

Da nun die Grundschuld, sowie die Hypothek, welche der persönliche Schuldner bestellt hat, ein Sicherungsmittel für seine Schuld bildet, so liegt dem Gläubiger ob, auch diese Rechte dem Schuldner zurückzuübertragen, wenn derselbe hiergegen zur Zahlung bereit ist.

Hieraus ist der wichtige Satz abzuleiten: Hat der Gläubiger auf die ihm gestellte Hypothek — oder Grundschuld — freiwillig verzichtet und sich hierdurch unmöglich gemacht, die Hypothek zurückzugewähren, so kann ihm dies der persönliche Schuldner, wenn und soweit er hierdurch benachtheiligt wird, entgegenstellen und ist insoweit von Zahlungspflicht befreit. Gleiches gilt, wenn der Gläubiger den Rang seiner Hypothek ohne

17) § 19. Diese Abhängigkeit vom Schuldgrunde kann entweder durch dessen Erwähnung in der Eintragung oder durch Bezugnahme auf die Schuldurkunde hervorgehoben werden. Das Formular I. der G. B. O. in Abth. 3 hat beide Formen, nämlich unter 4: „10000 Thlr. Darlehen eingetragen auf Grund der Schuldurkunde", ferner unter 7: „8000 Thlr. in eine Hypothek für eine Kaufgeldforderung umgeschrieben", endlich unter 8: „6000 Thlr. eingetragen auf Grund der Schuldurkunde."

18) Vgl. zum Folgenden Dernburg Pr. Hyp. Recht S. 66 und dagegen Eccius bei Gruchot Bd. 36 S. 642.

19) L. R. I, 16 § 125.

20) L. R. I, 20 § 159, vgl. auch unten Anm. 21. Nach L. R. I, 20 § 539, vgl. § 542, steht dem Schuldner daher auch ein Zurückhaltungsrecht der schuldigen Kapitalsumme bis zur Rückgabe des Faustpfandes zu. Verwandelt sich der Anspruch des Schuldners nach L. R. I, 20 §§ 186, 189 in einen Entschädigungsanspruch, so ist dessen Betrag vom Pfandschilling abzuziehen, sind die Ansprüche in gleicher Höhe, so tilgen sie sich. Ein grobes Mißverständniß des Gesetzes scheint nur, wenn Eccius a. a. O. S. 646 behauptet: „In klarer Weise schreibt L. R. I, 20 § 186 vor, daß solchen Falls nur ein Entschädigungsanspruch des Verpfänders entstehe."

Zustimmung des Schuldners freiwillig durch Vorrechtseinräumung verschlechtert hat.[21]

§ 315. Gegenstand des Pfandrechtes. Werth oder Sache?

Ist Gegenstand der Hypothek das Pfandgrundstück als solches, oder ein bloßer Werththeil desselben? Zu dieser Frage gab namentlich Anlaß die Hypothek des Eigenthümers.

Unterstellen wir, daß ein Grundstück den Werth von 100 000 hat. Es steht auf demselben eine Hypothek von 50 000 zu erster, eine solche von 25 000 an zweiter Stelle, und endlich an dritter Stelle eine von 25 000. Diese Hypotheken haben für den Verkehr sehr verschiedene Bedeutung. Die

21) Es sind dies allerdings zunächst nur Anforderungen der Wissenschaft, der Gerechtigkeit und der Billigkeit. Die Rechtsprechung hat sie sich nicht zu eigen gemacht, vgl. Entsch. d. O. Trib. Bd. 9 S. 257, R. G. Bd. 9 S. 250, Bd. 12 S. 230, Bd. 16 S. 244, Bd. 19 S. 343 und bei Gruchot Bd. 35 S. 1022. In Beziehung auf die Vorrechtseinräumung ist wenigstens theilweise Dungs bei Gruchot Bd. 33 S. 37 Vorgänger der von mir, Preuß. Hyp. R. S. 66 vertheidigten Ansicht. Eine Kritik derselben versucht Eccius a. a. O. Sie beruht jedoch auf Irrthümern. Den leitenden Grundgedanken hat Eccius nicht erkannt. Im Einzelnen behauptet Eccius a. a. O. S. 644, daß ich L. R. I, 20 § 159, dessen Analogie ich benutzt habe, auf den „persönlichen Schuldner" beziehe, während es keiner weitläufigen Auseinandersetzung bedürfe, daß in diesem Paragraphen das Wort „Schuldner" nicht auf den persönlichen Schuldner, sondern auf den „Pfandschuldner" zu beziehen sei. — Das L. R. jedoch versteht unter dem Worte „Schuldner" stets den „persönlichen Schuldner" nicht den „Pfandschuldner". Wer dem zwanzigsten Titel auch nur einigermaßen seiner Aufmerksamkeit widmet, muß dies anerkennen, vgl. L. R. I, 20 §§ 32, 46, 49, 54, 532, 533. — Der besondere Fall, daß man seine Sache für eine „fremde Schuld" verpfändet, ist hier, wo es sich zunächst nur um Gewinnung allgemeiner Grundsätze handelt, nicht in Betracht zu ziehen. — Ebenso haltlos ist, daß die Einrede des Schuldners gegen die persönliche Forderung, welche sich darauf stützt, daß der Gläubiger über die Hypothek willkürlich verfügt habe, dem Cessionar der Forderung nicht entgegenstehe. „Vertragsschuldner", sagt Eccius, „ist nur der Pfandempfänger, also nur der ursprüngliche Pfandgläubiger, der selbst dann verpflichtet bleibt, wenn er die Pfandsache, sei es mit Cession der Forderung, sei es ohne solche Cession an einen anderen fortgegeben hat. Auf diesen Anderen hat er seine Vertragsschuld nicht übertragen können." Letzteres kann natürlich nicht bestritten werden. Aber für die hier verhandelte Frage ist dieser selbstverständliche Satz ohne Beweiskraft. Denn nicht darum handelt es sich, ob der persönliche Schuldner gegen den Cessionar der Forderung aus dem Pfandvertrag klagen kann, sondern ob er sich ihm gegenüber der Einrede bedienen darf, welche er gegen den Cedenten hätte geltend machen können. Darf der persönliche Schuldner, welcher seinem Gläubiger ein Faustpfand bestellt hat, von dem Cessionar der Forderung, welcher Zahlung beansprucht, etwa nicht verlangen, daß ihm das Faustpfand Zug um Zug zurückgegeben werde? Wird man ihn nöthigen, dem Cessionar Zahlung zu leisten und ihm überlassen, sodann von seinem Vertragsschuldner, dem Cedenten, das Faustpfand herauszufordern. Dann wäre L. R. I, 20 § 159 oft ohne Wirkung und der Schuldner geprellt. Es ist in der That nicht zu bezweifeln, daß der Schuldner das Recht hat, auch dem Cessionar gegenüber die Zahlung zurückzuhalten, bis ihm das von ihm gestellte Faustpfand angeboten wird. Nicht anders steht es im Fall der Hypothek. — Vgl. noch über den Aufsatz von Eccius bei Gruchot Bd. 36 oben § 313 Anm. 1. — Es ist das Schicksal dieses scharfsinnigen Juristen, den Wald vor Bäumen nicht zu sehen.

erststellige Hypothek ist Sicherheit ersten Ranges. Der Kapitalist bewilligt unschwer günstige Zinszahlungs- und Kündigungsbedingungen. Die zweitstellige Hypothek wird nur unter lästigeren Bedingungen bewilligt werden, die drittstellige wird zu noch weit drückenderen Vereinbarungen führen. Bei dem Schwanken, welchem der Grundstückswerth ausgesetzt ist, erscheint die zweitstellige Hypothek, mehr noch die drittstellige, als zweifelhafte Sicherheit. Nach dieser Sachlage hat es keine innere Berechtigung, wenn die nachstehenden Hypotheken, wie dies im gemeinen Recht geschah, bei etwaiger Tilgung der vorstehenden Hypothek in deren Stelle einrücken. Die Gläubiger der nacheingetragenen Hypotheken haben sich mit einer geringeren Sicherheit zufrieden gegeben. Sie haben hierfür gewöhnlich höhere Zinsen, bessere Kündigungsbedingungen vorbedungen. Wie kommen sie auf Grund eines Umstandes, welcher bei der Kreditgewährung nicht vorgesehen war, welcher für sie als Zufall erscheint, dazu, in die bessere Sicherheit einzutreten, also Vortheile wichtigster Art zu gewinnen, ohne jegliche Gegenleistung. Diese Erwägungen bestimmten das preußische Recht, wenn die Tilgung der voreingetragenen Hypothek durch den Eigenthümer des Grundstückes oder durch Vorgänge geschah, die sich in seiner Person vollzogen, den Grundeigenthümer in die getilgte Hypothek einrücken zu lassen. Die nacheingetragenen Gläubiger werden demzufolge an ihrer Stelle festgehalten. Ihr Recht wird durch die ihnen von vornherein angewiesene Stelle nicht bloß vorübergehend, sondern dauernd bestimmt.[1]

Hiernach schien Vielen die Annahme geboten, daß Gegenstand des Pfandrechtes ein bestimmter Werththeil des Grundstückes sei. Doch der Werth einer Sache beruht auf schwankenden, beständigem Wechsel unterworfenen Verhältnissen und der gemeinen Meinung. Nur durch dereinstige Zwangsversteigerung kann sich ergeben, was der wirklich erreichbare Werth des Grundstücks ist. Welches der Erlös bei ihrer Vornahme sein wird, läßt sich im Voraus nicht berechnen. Das Pfandrecht aber ist jedenfalls mehr als eine bloße Anweisung auf eine Rate dieses Erlöses. Es ist zweifellos ein gegenwärtiges Recht.

Gegenstand der Hypothek und zwar der vorstehenden wie der nachstehenden ist also das verpfändete Grundstück selbst. Auf das Grundstück bezieht sich die hypothekarische Klage, die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung.[2] Immerhin wird die Sache von der Hypothek in der Art

1) Von der Hagen die Hypothek des Eigenthümers, Arnsberg 1836, und in Ulrichs Archiv Bd. 5 S. 359, ferner Bremer Hypothek und Grundschuld S. 55 ff., Sohm die Lehre vom subpingus 1864, Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, 1868.

2) Vgl. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Rechte S. 25 ff., Schmidt Preuß. Pfandrecht S. 84 ff.

ergriffen, daß der Berechtigte Anspruch auf Befriedigung aus ihrer Substanz und ihren Erträgnissen nur nach Maßgabe der Stelle der Hypothek in der Reihe der Eintragungen — ihrem Lokus hat. In diesem Sinne hat die s. g. Lokustheorie Begründung.

§ 316. Hypothek und Grundschuld. Dingliches oder persönliches Recht?

Hypothek wie Grundschuld bezwecken Zahlung von Geldkapital, in der Regel auch von Zinsen durch den jeweiligen Eigenthümer des Pfandgrundstückes. Vergleichen wir die Hypothek mit dem Eigenthumsrechte und den dinglichen Nutzungsrechten, so geben diese Rechte die Befugniß zum Gebrauch oder zum Verbrauch der Sache, sie gewähren dem Berechtigten überwiegend auch zu einer Thätigkeit und zu einem unmittelbaren Genuß, die Hypothek aber zielt auf die Zukunft, sie giebt das Recht auf Einziehen einer Summe. Dort verwirklicht sich das Recht durch ein Haben, hier durch ein Habensollen. Demnach kann der Ausdruck Schuld für die pfandrechtliche Verhaftung gebraucht werden. Man bezeichnet also mit Fug den Hypothekar als Gläubiger. Ist nun das so gebildete hypothekarische Recht ein persönliches oder ein dingliches? Die Wissenschaft ist weit davon entfernt, eine einhellige Antwort zu geben.[1]

Unter einem persönlichen oder Forderungsrecht ist zu verstehen ein Recht, welches in dem Anspruch auf die Leistung einer Person besteht, in derselben aufgeht und mit Erfüllung dieser Leistung erlischt. Dinglich ist das Recht, welches eine Sache dem Berechtigten unterwirft, so daß dasselbe nicht in der Leistung einer Person aufgeht. Es ist nicht unvereinbar mit dem Begriff des dinglichen Rechtes, wie er sich insbesondere unter der Einwirkung des deutschen Rechtes entwickelt hat, daß aus ihm persönliche Verbindlichkeiten entspringen, sofern dieselben nur Ausflüsse des zu Grunde liegenden dinglichen Rechtes sind. Hierauf beruht die dingliche Natur der Reallast; entsprechende Erscheinungen weist auch die neuere Servitutenlehre auf.[2]

---

1) Für die Natur der Hypothek als bloßer Obligation erklärten sich unter Anderen Schmidt Preuß. Pfandrecht S. 4, 75, Meibom Mecklenburg. Hypothekenrecht § 5, Regelsberger bayer. Hypothekenrecht, Sohm in der oben § 312 Anm. 5 angeführten Abhandlung, Ehrenberg beschränkte Haftung S. 434, gegen dieselbe u. A. Exner österr. Hyp. Recht S. 227, Roth bayer. Civilrecht Bd. 2 § 181 und im Wesentlichen auch Stobbe Bd. 2 § 109.

2) Sohm a. a. O. S. 26 ff. sieht das Wesentliche des dinglichen Rechtes in der Befugniß, selbsthandelnd auf den Gegenstand des Rechtes einzuwirken. Der Hypothekargläubiger neueren Rechtes habe aber Befugniß zu eigener Handlung in Bezug auf das hypothekarische Grundstück nicht. Wenn Dernburg als Inhalt des Hypothekenrechtes ansehe, die eingeklagte Summe, falls sie nicht abbezahlt werde, durch Zwangs-

Die Hypothek in ihrer heutigen Gestalt nun erzeugt offenbar Ansprüche auf Leistungen persönlicher Natur. Dies spricht sich in dem Antrag der hypothekarischen Klage aus, womit Zahlung der eingetragenen Summe bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gefordert wird.[3][4] Daher bezeichnen Manche die Hypothek geradezu als Realobligation. Sie stellen die hypothekarische Klage einerseits analog zur Seite den römischen actiones in rem scriptae, bei welchen die Person des Verpflichteten nicht von vornherein bestimmt, sondern durch einen veränderlichen Thatbestand, z. B. Besitz oder Bereicherung, gegeben ist; andererseits bezeichnen sie als verwandt die Fälle beschränkter Haftung des Schuldners, z. B. des Kommanditisten mit seiner Einlage, des Rheders mit Schiff und Fracht für die seerechtlichen Verbindlichkeiten. Gewiß liegen hierin Analogien. Aber die Hypothek geht in einem bloßen Forderungsrecht mit beschränkter Haftung des Schuldners nicht auf. Die hypothekarische Klage zeigt ihre dingliche Natur darin, daß sie die Pfandsache zu einer streitigen macht, also nicht bloß die Person des Pfandschuldners berührt. Zahlung der eingetragenen Summe durch den Pfandschuldner beendigt die Hypothek nicht; diese erhält sich vielmehr dem Eigenthümer des Grundstücks.[5] Noch in anderer Richtung widerspricht die Hypothek des Eigenthümers der Auffassung der Hypothek als eines bloßen Anspruches gegen den Pfandschuldner auf Zahlung einer Summe mit Beschränkung der Haftung auf das Pfandgrundstück. Daß man sein eigener Schuldner sei, ist ein Widerspruch. Ein besonderes dingliches Recht an der eigenen Sache ist dagegen logisch zu rechtfertigen, wenn es auch römischen Vorstellungen widersprechen mag.

Auf die dingliche Natur der Hypothek weist auch das dem Gläubiger im Konkurse des Pfandschuldners zustehende Absonderungsrecht zurück.[6] Denn die Absonderungsrechte wurzeln grundsätzlich in einem dinglichen Rechte an der abzusondernden Sache. Allerdings sind auch gewisse persönliche Rechte

---

vollstreckung aus dem Grundstück beizutreiben, und hieraus die dingliche Natur des Rechtes folgere, so sei dies unrichtig, denn das Recht auf Zwangsvollstreckung sei nicht ein Recht des Berechtigten, selbst zu handeln. Aber der Vordersatz von Sohm ist nicht dadurch erwiesen, daß das dingliche Recht in vielen Fällen das Recht, selbsthandelnd auf eine Sache einzuwirken, gewährt. Die Muthung z. B. stellt ein dingliches Recht auf das Bergwerksfeld her — oben § 264 bei Anm. 4 — ein Recht auf das Grundstück einzuwirken giebt sie noch nicht; deutschrechtliche Vorkaufsrechte sind doch wohl zweifellos dingliche Rechte, obgleich sie nur ein dingliches Klagerecht gewähren.

3) Vgl. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 260, Staub bei Gruchot Bd. 27 S. 707.

4) Anders die römische a. hypothecaria vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 104 ff.

5) Vgl. unten § 337 bei Ziff. 3.

6) R. K. O. § 39 ff.

mit dem Absonderungsrecht ausgestattet; aber durch dieses Recht empfangen sie die Natur dinglicher Rechte.

Die Dinglichkeit der Hypothek bewährt sich ferner darin, daß der Gläubiger befugt ist, angebliche dingliche Rechte am Grundstück anzufechten, wie auch sein Vorrecht vor dinglichen Rechten, zur Feststellung zu bringen. Es ist insbesondere dem Pfandgläubiger, wenn er einen vollstreckbaren Schuldtitel hat, verstattet, das dem Eigenthümer zustehende Recht auf Löschung vor-eingetragener nicht rechtsbeständiger Posten geltend zu machen.[7] Er ist in der Zwangsvollstreckung zur Anfechtung von Posten berechtigt, welche ihm ohne Grund vorgezogen werden sollen. Er kann der Kaufbedingung, wonach dingliche dauernde Lasten auf den Ersteher in der Zwangsversteigerung übergehen, widersprechen, sofern sie ihm nachstehen und er durch den mit solcher Belastung ertheilten Zuschlag benachtheiligt würde. Er darf fordern, daß das Grundstück frei von solchen Grundgerechtigkeiten ausgeboten werde, welche jünger sind, als sein Recht, sofern sie seiner Befriedigung Eintrag thun.[8] Würde gegenüber solchen Anträgen sein Vorrang bestritten, so müßte er sein Vorzugsrecht mit einer Klage geltend machen, die ihrer Natur nach dinglich ist.

Nimmt man zu diesem Allen hinzu, daß die Begründung und die Beendigung der Hypothek und der Grundschuld in den Formen der dinglichen Rechte geschieht, so kann man an der dinglichen Natur dieser Pfandrechte nicht zweifeln.

II. Begründung der Hypothek und der Grundschuld.

§ 317. Formalrecht und materielles Recht.

1. Bezüglich der Begründung von Hypotheken und Grundschulden ist der Standpunkt des Formalrechtes, d. h. der buchmäßigen Entstehung und derjenige des materiellen Gläubigerrechtes scharf zu unterscheiden.[1] Nur mit der buchmäßigen Begründung der Hypothek und der Grundschuld beschäftigen sich die Grundbuchgesetze eingehend. Ob aber die eingetragenen Buch-„Posten“ Leben gewinnen, d. h. ob sie zu rechtsbeständigen Hypotheken und Grundschulden werden, aus denen Gläubigerrechte entspringen, ist eine andere Frage.

Zur Entstehung einer Hypothek oder Grundschuld an eingetragenen Grundstücken ist ausnahmslos formales Erforderniß die Eintragung im

7) Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 5.
8) Zw. V. Ges. in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 60 Abs. 2.

1) Vgl. unten § 324 bei Ziff. 6.

Grundbuch.[2] Auch die Unterlagen der Eintragung — die Eintragungsgründe — bestimmt das Gesetz formal.[3] Dasselbe bezeichnet als solche:

a) Die Bewilligung des eingetragenen oder seine Eintragung gleichzeitig erlangenden Eigenthümers.

Die Bewilligung muß selbstverständlich an den Grundbuchrichter mit einem Antrag auf Eintragung gelangen.[4] Dieser Antrag kann entweder Seitens des Bewilligenden oder Seitens des Gläubigers gestellt werden, wenn Letzterer vom Schuldner hierzu ermächtigt ist.

Soll eine Hypothek eingetragen werden, so hat der Antragsteller die Schuldurkunde beizufügen. Doch ist dies nur nothwendig, wenn eine solche Urkunde vorhanden ist.[5]

b) Ferner genügt ein Antrag des Gläubigers, welcher sich auf die rechtskräftige Verurtheilung des eingetragenen Eigenthümers zur Bestellung der Hypothek oder Grundschuld oder auf einen vollstreckbaren Titel über eine Geldforderung stützt, deren Eintragung als Hypothek gefordert wird.[6]

c) Endlich hat die Eintragung auf Nachsuchen einer zuständigen Behörde, z. B. des Subhastationsrichters zu geschehen.[7]

2. Bei Hypotheken und Grundschulden zum Zweck der Gewährung von Realkredit geht die Eintragung häufig der Begründung des materiellen Gläubigerrechts voraus.[8] Schon die Hypothekenordnung betrachtete es als das Geschäftsübliche, daß bei hypothekarischen Darlehen die Eintragung der Hypothek im Hypothekenbuche geschieht, ehe es zur Auszahlung der Darlehensvaluta und damit zur Begründung eines wahren Gläubigerrechts kommt.[9] So verfährt der Verkehr zweckmäßigerweise auch heutzutage. Daher sehen die Grundbuchgesetze vor, daß in Ermangelung anderer Vereinbarung der Partheien der Hypotheken- oder Grundschuldbrief vom Grundbuchrichter dem die Eintragung bewilligenden Grundeigenthümer auszuhändigen ist.[10] Hierbei wird unterstellt, daß unerachtet der vorbehaltlosen Eintragung des Darlehens

---

2) E. E. Gesetz § 18. L. R. I, 20 § 411. — Ueber nicht eingetragene Grundstücke vgl. unten § 323.

3) E. E. Gesetz § 19.

4) G. B. O. § 30. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 100.

5) E. E. Ges. § 19 Ziff. 1 und G. B. O. § 122. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 99. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 153.

6) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 6. Das Nähere unten § 321 bei Ziff. 1.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz § 124.

8) Vgl. Entsch. d. O. Trib. Bd. 61 S. 388, R. G. Bd. 27 S. 173 a. E.

9) Hypothekenordnung von 1783 Titel II § 172 ff.

10) G. B. O. § 122, unten § 324 bei Ziff. 7. Anders bei Zwangshypotheken unten § 321.

im Grundbuche Zahlung der Valuta regelmäßig erst gegen Einhändigung des Briefes Zug um Zug erfolgt. Daher erlangt der eingetragene Gläubiger das Verfügungsrecht über die Grundschuld erst durch Aushändigung des Briefes an ihn.[11] Entsprechendes muß für die Hypothek gelten, sofern nicht auf Ausfertigung des Hypothekenbriefes verzichtet wurde. Ausdrücklich bestimmt ist dies für die Hypothek im Gesetze allerdings nicht. Dasselbe hat aber überhaupt die Rechtsverhältnisse nach ihrer materiellen Seite hin nicht eingehend in Betracht gezogen.

3. Prima facie gilt das eingetragene Recht als materiell begründetes Gläubigerrecht. Die Eintragung begründet daher die hypothekarische Klage,[12] woneben freilich in Betracht zu ziehen ist, daß das Kapital nicht beitreibbar ist, wenn der Kläger nicht die ausgestellte Hypothekenurkunde besitzt oder zur Amortisation gebracht hat.[13] Das eingetragene Recht wird ferner auch ohne Anmeldung bei Feststellung des geringsten Gebotes im Zwangsversteigerungsverfahren berücksichtigt, sofern es buchmäßig auf bestimmte Beträge lautet oder wenigstens ein Höchstbetrag eingetragen ist,[14] und eingetragene Forderungen sind, auch ohne Anmeldung, in den Theilungsplan über die Kaufgelder bei der Kaufgelderbelegung aufzunehmen.[15] Widerspruch, wegen mangelnden materiellen Rechtes, steht den Betheiligten gleichwohl offen. —

4. Auf Grund eines Titels zum Pfandrecht, welcher noch nicht unmittelbar eintragungsfähig ist, kann der Gläubiger die Vormerkung einer Hypothek erlangen.[16] [17] Aus der Vormerkung entspringt ein bedingtes Pfandrecht.[18] Dasselbe ist abtretbar. Hypotheken- und Grundschuldbriefe werden über bloß vorgemerkte Rechte nicht ausgestellt.

§ 318. Freiwillige Bestellung der Hypothek und der Grundschuld.

Bewilligung von Hypotheken und Grundschulden geschieht vorzugsweise um Darlehen und ähnliche Kreditgewährungen, sowie um rückständige Kauf-

11) E. E. Gesetz § 20. Wie man den Grundbesitzer früher gegen die Gefahr der Nichtzahlung der Valuta schützte, ergiebt Hyp. Ordn. Tit. II § 175 ff.

12) Vgl. E. E. Gesetz § 37.

13) Unten § 324 bei Ziff. 8.

14) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 55.

15) Ebendort § 106.

16) E. E. Gesetz § 22. In der Regel bedarf es hierzu der Vermittelung des Prozeßrichters. Nach § 18 des Ausführungsgesetzes zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 findet dieselbe nur als Ausführung einer einstweiligen Verfügung statt. Behörden, welche gesetzlich befugt sind, Eintragung einer Hypothek zu verlangen, können auch die einer Vormerkung fordern. Vgl. übrigens oben § 204 Anm. 6 ff., § 185 bei Anm. 9 und § 147 bei Ziff. 4.

17) Ueber Eintragung eines Höchstbetrags bei Vormerkungen vgl. unten § 320 Anm. 5.

18) Vgl. oben § 204 Anm. 16 ff.

gelder oder Erbegelder sicherzustellen. Sie ist dann für den Verkehr ein Bestandtheil solcher Kreditgeschäfte. Daher erfolgt sie meist in unmittelbarer Verbindung mit den Vereinbarungen über das zu Grunde liegende Geschäft, und in einer und derselben Urkunde.

Das Grundbuchrecht zieht jedoch die Bewilligung der Hypothek und der Grundschuld, als die Grundlage der Eintragung, selbständig in Betracht.[1] [2] Es erhebt an dieselbe folgende Anforderungen:

1. Die Eintragungsbewilligung muß auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten, das verpfändete Grundstück bezeichnen und eine bestimmte Summe in gesetzlicher Währung, den Zinssatz oder die Bemerkung der Zinslosigkeit, den Anfangstag der Verzinsung und die Bedingungen der Rückzahlung angeben. Bei Hypotheken von unbestimmter Höhe ist Eintragung eines Höchstbetrages gefordert.[3]

Indem das Gesetz Angabe eines „bestimmten“ Gläubigers verlangt, will es Hypotheken auf den Inhaber ausschließen, nicht aber verhindern, daß zu Gunsten künftiger oder auch zu Gunsten unbekannter Personen Eintragungen erfolgen.[4] Durch die Anforderung der Bezeichnung des Grundstückes wird die generelle Bewilligung eines Pfandrechts am Grundbesitz des Schuldners für unzureichend erklärt. Da das Kapital in gesetzlicher Währung eingetragen werden muß, so folgt, daß eine Eintragung von Summen in fremder Währung oder in Werthpapieren, z. B. in Pfandbriefen, nur als Kautionshypothek zulässig ist der Art, daß ein Höchstbetrag in gesetzlicher Währung festgestellt werden muß.[5]

Die Bewilligung muß unbedingt und unbetagt sein. Das durch sie geschaffene Recht aber kann bedingt oder betagt sein.[6] [7]

---

1) Eine besondere Weise der Bewilligungserklärung ist nicht vorgeschrieben. Es genügt, daß der Richter aus der bezüglichen Urkunde die unzweideutige, wenn auch nicht besonders erklärte Absicht der Bewilligung entnehmen muß. Vgl. oben § 197 Anm. 11. Die Praxis ist jedoch zu größerer Strenge geneigt.

2) Die Eintragung muß genau dem Inhalt der Eintragungsbewilligung entsprechen, die Fassung der Eintragung ist aber nicht schlechthin an diejenige der Bewilligung gebunden, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 84, vgl. Kam. G. Bd. 2 S. 86.

3) E. E. Gesetz §§ 23, 24. Die Bestimmung eines Höchstbetrags war dem früheren Rechte fremd. Sie kommt aus dem Mecklenburgischen Hypothekenrecht.

4) Johow Jahrbuch der Pr. A. Ger. Bd. 5 S. 147 ff. Entsch. des Kam. Ger. Bd. 2 S. 125, Bd. 5 S. 158, Bd. 6 S. 98. Eccius Bd. 3 § 198 Anm. 19a sieht hierin eine „laxe“ Praxis; ich erachte sie als eine zweckgemäße und der Absicht des Gesetzes entsprechende.

5) Ueber Eintragungen, wonach die Rückzahlung in „Gold“ geschehen soll, vgl. Kam. G. Bd. 7 S. 117.

6) Ist eine Eintragung wirkungslos, wenn sie in Folge unvollständiger Bewilligung nicht alle gesetzlichen Erfordernisse an sich trägt? Nach inneren Merkmalen sind die Erfordernisse in unumgängliche und in bloß dienstliche zu scheiden. Unentbehrlich sind die Angaben über die Person des Gläubigers, die

2. Die Bewilligung einer Hypothek verlangt — im Gegensatz zu derjenigen einer Grundschuld — die Bezeichnung des Schuldgrundes, auf den sie sich stützt und die Vorlegung der Schuldurkunde.[8]

3. Die Bewilligung muß vom eingetragenen oder seine Eintragung gleichzeitig erlangenden Eigenthümer oder von dessen gesetzlichem Vertreter oder einem Specialbevollmächtigten desselben ertheilt sein.[9]

Hiermit wird aber nicht verlangt, daß der Bewilligende bereits zur Zeit der Bewilligung eingetragener Eigenthümer war, sondern nur daß derjenige, von welchem die Bewilligung ausging, zur Zeit der Eintragung eingetragener Eigenthümer ist. Denn im Grundbuchwesen ist es unmöglich, die rechtliche Einheit der rechtsbegründenden Akte zu wahren. Dies führt zu der Nothwendigkeit die zu Grunde liegenden Erklärungen, jedenfalls wenn sie

---

Identität des Grundstücks. Dagegen kann der Mangel ausdrücklicher Angaben über Zinslosigkeit oder Rückzahlungsbedingungen der Gültigkeit und Wirksamkeit der Einschreibung nicht schaden, wenn der Grundbuchrichter eingetragen hat, obgleich diese Angaben in der Bewilligung fehlten. R. G. Bd. 14 S. 273. Gleiches ist anzunehmen, wenn bei einer Kautionshypothek die Auswerfung eines Höchstbetrags in inländischer Währung fehlen sollte. Das O. Trib. Bd. 78 S. 167 hat eine nach dem 1. Oktober 1872 ohne Auswerfung eines Höchstbetrags eingetragene Kautionshypothek der Art für nichtig erklärt, daß es die auf dieselbe an sich entfallende Summe dem Nachhypothekar zusprach. Wir finden im § 24 E. E. Ges. eine Anweisung an den Richter, nicht aber eine Bedingung der Rechtsgültigkeit der Eintragung; so wird auch in der Mecklenb. ritterschaftlichen Hypothekenordnung vom 12. Oktober 1819 § 31 die Folge angeknüpft „Eher kann keine Einschreibung geschehen". Anders Bahlmann E. E. G. Anm. 7 zu § 24.

7) Es ist nicht erforderlich, daß die in einer Schuldurkunde erklärte Eintragungsbewilligung alle gesetzlichen Erfordernisse derselben, insbesondere die Rückzahlungsbedingungen wiederholt; es genügt, daß sie bei der Beurkundung der persönlichen Schuld angegeben sind. Denn es ist der Gesammtinhalt der Urkunden in Betracht zu ziehen. Entsch. des Kam. Ger. Bd. 2 S. 117.

8) E. E. Gesetz § 19 Ziff. 1. Vgl. aber auch oben § 317 Anm. 4. Ist der Richter berechtigt, die Schuldurkunde nach ihrer Uebereinstimmung mit der Bewilligung zur Eintragung der Hypothek und nach ihrer Rechtsbeständigkeit zu prüfen? Das erstere ist wohl unzweifelhaft, vgl. Eccius Bd. 3 § 198 Anm. 19 gegen Förster Grundbuchrecht S. 61, das letztere bestritten. Die meisten Schriftsteller erklären sich für das Recht des Richters zur Prüfung auch nach der letzteren Richtung. So Achilles zu § 19 des Gesetzes über den E. E. S. 170 und § 46 der G. B. O., desgleichen Bahlmann a. a. O., endlich Johow Jahrbuch der Entsch. der Appellationsgerichte Bd. 2 S. 248 ff. Es ist zuzugestehen, daß nach allgemeinen Grundsätzen der Richter seine Zustimmung zu nichtigen und fehlerhaften Rechtsakten zu verweigern hätte. Allein G. B. O. § 46 bestimmt ausdrücklich: „Mängel des Rechtsgeschäftes, welches der vollzogenen Auflassung, der Eintragungs- oder Löschungsbewilligung zu Grunde liegt, berechtigen nicht, die beantragte Eintragung oder Löschung zu beanstanden." Es ist gewagt, diese gesetzliche Vorschrift, welche nach lebhaftem Meinungsstreit zur Annahme kam, auf den wichtigsten Fall der Bewilligung, den der Hypothek, nicht zu beziehen. So auch Förster Preuß. Grundbuchrecht S. 147 Anm. 2. Vgl. auch Kam. Ger. Bd. 5 S. 171.

9) E. E. Gesetz § 19. Der Verpfänder muß handlungsfähig sein; andernfalls bewirkt auch ein nach gehobener Unfähigkeit abgegebenes Anerkenntniß des Bestellers keine Rückwirkung bezüglich Dritter nach L. R. I, 20 §§ 18. 19. Vgl. oben § 81 bei Anm. 14. Ueber die Legitimationsfrage siehe auch Entsch. des Kam. Ger. Bd. 1 S. 75, 76; Bd. 2 S. 115; Bd. 3 S. 141 ff. — Vgl. ferner R. G. Bd. 23 S. 271.

von dem Theile angenommen sind, zu dessen Gunsten sie abgegeben wurden, als auch in der Zukunft dauernde zu behandeln. Daher muß die früher abgegebene Eintragungsbewilligung als im Augenblick der Eintragung im Grundbuch fortbestehend gelten.[10]

Gesetzlich anerkannt ist die Eintragungsfähigkeit einer von einem nichteingetragenen Eigenthümer abgegebenen Bewilligung in einem besonders wichtigen Falle. Dies nämlich dann, wenn der Ersteher eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstückes bei Belegung der Kaufgelder einem auf dieselben Berechtigten statt baarer Zahlung eine Hypothek für dessen Kaufgelderanspruch bewilligt.[11]

4. Der beim Verkauf eines Grundstücks bedungene Vorbehalt des Eigenthums des Verkäufers bis zur Zahlung des Kaufpreises — das s. g. pactum reservati dominii[12] — gilt als Bewilligung einer Hypothek.[13]

§ 319. Vorverträge über Pfandbestellung.[1]

1. Wenn der Schuldner eine fertige und eintragungsfähige Bewilligung einer Hypothek noch nicht ertheilt, aber für den Fall des Eintritts gewisser Umstände solche verspricht, so liegt ein Vorvertrag über die Hypothekbestellung vor. Es ist z. B. nicht ganz selten, daß ein Miterbe seinen Miterben die hypothekarische Eintragung ihrer Abfindungen für gewisse künftige Fälle zusagt.

2. Aus derartigen Vorverträgen entspringt ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung der Hypothek, sofern die Bedingungen der Vereinbarung eingetreten sind. Vorausgesetzt ist Schriftlichkeit des Vertrages, da er sich auf Grundstücke bezieht. Specielle Bezeichnung der Pfandgegenstände ist nicht er-

---

10) Dies wird aus folgenden Gründen geleugnet. Der § 5 E. E. Ges. lautet: Das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstückes erlangt der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuche. Hierzu hatte das Herrenhaus folgenden Zusatz beschlossen: „insofern früher von ihm vorgenommene Rechtshandlungen nicht nach den bisherigen Bestimmungen mit der erfolgenden Eintragung von selbst in Gültigkeit treten." Drucksachen des Herrenhauses 1871—1872 Nr. 56 S. 2. Der Zweck dieses Zusatzes war, wie die Kommission des H. H. hervorhob, die Bestimmungen von L. R. I, 20 §§ 16. 17. 406. 407 bei der neuen Gesetzgebung zu erhalten. Dagegen hat das Abgeordnetenhaus diesen Zusatz abgelehnt. Daraus folgert man, daß die Geltung einer von dem Eigenthümer vor seiner Eintragung bewilligten Hypothek oder Grundschuld verworfen sei. Dagegen ist zu erwidern, daß die Ablehnung des — übrigens wenig geschickt gefaßten — Zusatzes im Abgeordnetenhause, mögen nun deren Motive gewesen sein, welche sie wollen, nur bewirkte, daß über die Frage im neuen Gesetze nichts bestimmt ist. Vgl. namentlich Dernburg Pr. Hyp. R. S. 95, ferner R. G. Bd. 11 S. 325, Entsch. des Kam. Ger. Bd. 7 S. 71. Die entgegengesetzte Ansicht haben das O. Trib. Bd. 76 S. 125, Bd. 79 S. 13 und die meisten Kommentatoren der Grundbuchordnung.

11) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 124 Abs. 5. Entsch. d. Kam. Gericht Bd. 11 S. 146, vgl. aber Eccius Bd. 3 § 198 Anm. 27 u. 28.

12) Vgl. Duncker Ueber das pactum reservati dominii im rhein. Museum Bd. 5 S. 65, insbesondere S. 183 ff., ferner auch L. R. I, 11 § 266 ff.

13) E. E. Ges. § 26.

forderlich. Vielmehr ist dem Verpfänder unbenommen, Sicherstellung mit seinem jetzigen und künftigen Grundbesitz zuzusagen.[2] Ein solcher allgemeiner Hypothekentitel giebt dem Gläubiger das Recht, die Bewilligung des Verpfänders zur Eintragung des Pfandrechtes auf sämmtliche oder auf einzelne Grundstücke desselben korrealiter oder getheilt zu verlangen. Auch die in völliger Allgemeinheit abgegebene Zusage einer „Realkaution" ist gültig;[3] dann hat der Verpflichtete die Bestimmung des zu verpfändenden Grundstückes, sofern es zur Sicherstellung des Gläubigers gemäß den gesetzlichen Bestimmungen ausreicht. Die Höhe der einzuschreibenden Forderung muß sich nicht unmittelbar aus dem Vertrage über die Pfandbestellung ergeben; es genügt, daß sie ermittelbar ist.

3. Giebt der Vorvertrag dem Gläubiger das Recht auf Bewilligung einer Grundschuld oder Hypothek[4] an einem bestimmten Grundstücke seines Schuldners und erfolgt rechtskräftige Verurtheilung aus dem Vertrage, so kann der Gläubiger gestützt auf das Urtheil die Eintragung unmittelbar beim Grundbuchamte beantragen, wenn der Verurtheilte eingetragener Eigenthümer ist.[5] Bestand nur die Verpflichtung zu einer Grundstücksverpfändung im Allgemeinen und ist nur dies rechtskräftig festgestellt, so muß, wenn der Verurtheilte seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, die Bezeichnung

---

1) Vgl. Hinrichs Studien aus dem Gebiete des preußischen Hypothekenrechtes 1883 S. 5 ff.

2) Die Hyp.-Ordnung von 1873 II, § 165 hatte bestimmt: „Ist dem Gläubiger eine Generalhypothek — mit Intabulationsklausel nach § 146, vgl. oben § 197 Anm. 11 — bestellt, so steht es in seiner Wahl, ob er die Eintragung auf alle Güter seines Schuldners oder nur auf einige suchen wolle." Vgl. aber L. R. I, 20 §§ 402. 403. Nach der Novelle vom 24. Mai 1853 § 8, welche die Intabulationsklausel für entbehrlich erklärte, sollten die verpfändeten Grundstücke in den Schuld- und Verpfändungsurkunden bestimmt bezeichnet werden, und hiernach fordert auch E. E. Gesetz, daß in der Eintragungsbewilligung das verpfändete Grundstück bestimmt sei. Die conventio generalis de pignore dando ist in Folge dessen nicht ungültig, aber sie giebt nur einen Anspruch gegen den Schuldner auf Bewilligung der Eintragung bezüglich seiner einzelnen, in der Bewilligung zu bezeichnenden, Grundstücke.

3) Vgl. L. R. I, 14 §§ 188. 189, oben § 145 bei Anm. 2 und 4. Auch wer gesetzlich zur Stellung einer Realkaution gehalten ist, ist nur verpflichtet, nach seiner Wahl, die Eintragung seines Gläubigers auf ein zur gesetzlichen Sicherheit ausreichendes bestimmtes Grundstück zu bewilligen.

4) Kann dann, wenn nur im Allgemeinen die Verpfändung eines Grundstückes versprochen war, die Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld verlangt werden? Es ist dies zunächst Auslegungsfrage. Man wird aber das Versprechen einer Grundschuld im Zweifel nicht anzunehmen haben, da die abstrakte Summenbelastung eine weitergehende Last bildet, die nicht zu vermuthen ist, vgl. oben § 274 bei Anm. 2 und unten § 342. Auch die Vollmacht zur Bestellung einer Hypothek schließt die einer Grundschuld nicht in sich.

5) E. E. Gesetz § 19 Ziff. 2. R. C. P. O § 779. Die Urtheilsformel muß Alles enthalten, was zu einer rechtsgültigen Eintragung nach §§ 23 und 24 des Gesetzes über den E. E. — oben § 318 — erfordert ist.

des zu verpfändenden Grundstücks vorher, und zwar nach den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen erfolgen.[6]

Wäre in diesen Fällen der Verurtheilte zwar Eigenthümer der zu verpfändenden Sache, aber noch nicht eingetragen, so hätte der Sieger zuvörderst dessen Eintragung herbeizuführen, welche zwangsweise durch den Grundbuchrichter geschehen kann.[7] Wäre endlich der Verurtheilte nicht Eigenthümer des Grundstückes, dessen Verpfändung er zusagte, sei es, daß er niemals das Eigenthum hatte, sei es, daß er dasselbe vor der Eintragung des Pfandrechtes aufgab, so hat er sofortige Zahlung der zu sichernden Forderung, als das Interesse des Gläubigers, zu leisten.

§ 320. Gesetzlicher Hypothekentitel.

1. Gewisse besonders privilegirte Ansprüche haben von Rechtswegen ein Vorrecht bei der Zwangsversteigerung, sowie der Zwangsverwaltung des Grundstückes.[1] Dasselbe ließe sich daher als ein ohne Eintragung eintretendes gesetzliches und privilegirtes Pfandrecht auffassen, wird aber vom Gesetze nicht so bezeichnet.

2. Hiervon abgesehen schafft das Gesetz, nicht mehr, wie nach römischem Rechte, unmittelbar Hypotheken, da dies dem Eintragungsprincip widerstritte, begründet vielmehr nur Titel auf Hypotheken. Die Behandlung dieser gesetzlichen Hypothekentitel kann eine verschiedene sein:

a) Man kann in dem Gesetze einen fertigen Eintragungsgrund erblicken, wonach die Eintragung durch den Grundbuchrichter unmittelbar zu erfolgen hat, wenn ihm deren gesetzliche Voraussetzungen klar gestellt werden.

b) Es ist aber auch denkbar, daß aus der gesetzlichen Zusicherung des Pfandrechtes ein bloßer Anspruch gegen den Grundeigenthümer auf Bewilligung einer Hypothek entspringt.[2]

Von ersterer Auffassung ging das allgemeine Landrecht aus. Dasselbe machte die Eintragung nur davon abhängig, daß der Thatbestand des gesetzlichen Pfandrechtstitels dem Hypothekenrichter durch öffentliche Urkunden erbracht werde. Zuziehung des Grundeigenthümers, gegen welchen die Eintragung genommen wurde, fand nicht statt.[3] Anders nach jetzigem

---

6) Es ist nach R. C. P. O. 773 zu verfahren.

7) Vgl. G. B. O. §§ 55, 56, oben § 245 Anm. 1. Ueber die Frage, ob die Verurtheilung zur Bewilligung nur gegen den eingetragenen Eigenthümer ergehen kann, was zu verneinen ist, vgl. Bahlmann Anm. 3b zu § 19 des E. E. G. und Achilles zu § 19 a. a. O. Anm. 2 Ziff. 4.

1) Vgl. unten § 346.

2) So das mecklenburgische Recht nach Meibom Mecklenburg. Hyp. R. S. 110.

Grundbuchrechte. Der Antrag auf Eintragung des gesetzlichen Pfandrechtes ist vom Gläubiger nicht mehr unmittelbar bei der Hypothekenbehörde zu stellen, vielmehr bedarf es erst des Ersuchens zuständiger Behörden oder der rechtskräftigen Verurtheilung durch den Prozeßrichter, wenn der Eigenthümer, gegen welchen die Eintragung geschehen soll, diese nicht freiwillig bewilligt. Der Prozeßrichter kann aber, ehe das Recht auf Eintragung rechtskräftig festgestellt ist, die Eintragung einer Vormerkung zum Schutze des Pfandrechtstitels auf einseitigen Vortrag des Gläubigers mittels vorläufiger Verfügung verordnen.[4]

Die Eintragung hat auf eine bestimmte Summe zu lauten. Ist dies nicht thunlich, so ist ein Höchstbetrag festzustellen, bis zu welchem das Grundstück haften soll.[5] Gehören dem Schuldner mehrere Grundstücke, so unterliegt es freier Bestimmung des Gläubigers, ob er die Eintragung auf alle — insgesammt oder getheilt — oder auf einzelne fordern will.[6]

3. Die gesetzlichen Anrechte auf eine Hypothek sind hier nicht sämmtlich aufzuführen, vielmehr im Zusammenhange mit den ihnen zu Grunde liegenden Ansprüchen an den einzelnen Orten des Systems zu besprechen. Indessen sollen die folgenden als die wichtigsten hervorgehoben werden.[7]

a) Der Fiskus und die mit fiskalischen Rechten versehenen Anstalten haben einen gesetzlichen Pfandrechtstitel am Vermögen ihrer Schuldner wegen aller Ansprüche mit Ausnahme der Geldstrafen.[8] Insbesondere giebt jede

3) L. R. I, 20 § 3 setzte ausdrücklich die Bedeutung des gesetzlichen Titels darin, daß der Gläubiger auch ohne besondere Einwilligung des Schuldners auf die Bestellung eines Unterpfandes antragen könne. Die näheren Bestimmungen über das hierbei einzuhaltende Verfahren gab die Hypothekenordnung Tit. II § 182 ff.

4) Vgl. E. E. G. § 70, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1077.

5) Die Vorschrift des E. E. Gesetzes § 24 bezieht sich zwar zunächst auf freiwillige Hypotheken, wie aus dem Zusammenhang mit § 23 erhellt. Man wird jedoch die im Interesse des Realkredites getroffene Vorschrift zu verallgemeinern haben, da sie sogar dem Willen des Eigenthümers entrückt ist.

6) Vgl. Hyp. O. Tit. II §§ 191. 163.

7) Zahlreiche gesetzliche Pfandrechte hatten früher ihre Quelle in der A. G. O. I, 50 § 356 ff., worüber das Nähere zu vergleichen ist bei Schmidt Preuß. Pfandrecht S. 162 ff. Durch das Einführungsgesetz zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855 Art. II wurde Titel 50 aber aufgehoben und damit diejenigen Pfandrechtstitel beseitigt, welche nur hier ihre Quelle fanden. Immerhin beläßt Art. XI jenes Einführungsgesetzes außer den im allgemeinen Landrechte und anderen beibehaltenen Gesetzen aufgeführten gesetzlichen Titeln auch einige jener Pfandrechtstitel in Kraft, vgl. Anm. 8 und 10. Die V. O. vom 5. Juli 1875 § 32 Abs. 6 bestimmt: „Ein Pfandrecht oder ein Titel zum Pfandrecht an dem Vermögen des Vormundes entsteht durch die Vormundschaft nicht." Das Vormundschaftsgericht kann gleichwohl vom Vormund Stellung einer Sicherheit fordern, dieser aber dann die Weiterführung der Vormundschaft ablehnen, vgl. unten Bd. 3 § 86 bei Anm. 12.

8) Einführungsgesetz zur preuß. Konkursordnung Art. XI unter 1, vgl. R. G. im Just. Min. Bl. 1887 S. 85. Es ist also der Satz l. 46 § 3 D. de jure fisci 49, 14 maßgebend gewesen: „fiscus semper habet jus pignoris." Das Recht des Fiskus bezieht sich auch auf gesetzliche Ansprüche, ferner auf Forderungen, die ihm abgetreten

gerichtliche Kostenforderung einen Titel zum Pfandrecht auf das unbewegliche Vermögen des Schuldners.[9]

b) Ferner besteht für gewisse öffentliche juristische Personen — insbesondere Gemeinden, Kirchen, Schulen, landschaftliche Kreditverbände, milde Stiftungen — ein Pfandrechtstitel an dem Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen aus der Verwaltung und an dem Vermögen ihrer Vertragschuldner wegen jedweder Vertragsansprüche.[10]

c) Die Ehefrau hat die Befugniß, eine Hypothek wegen ihres in die gesetzliche Verwaltung des Mannes übergegangenen Vermögens auf dessen Grundstücke eintragen zu lassen, aber nur innerhalb eines Jahres nach Beginn der Verwaltung des Mannes, oder des Erwerbes von Grundstücken, wenn dieser später erfolgt ist.[11]

d) Schreitet der Vater, welcher das Vermögen der in seiner Gewalt stehenden Kinder erster Ehe verwaltet, zur zweiten Ehe, so erhalten jene Kinder einen gesetzlichen Pfandrechtstitel an seinen Grundstücken.[12]

§ 321. Zwangshypotheken.[1]

Die moderne Hypothek wurde zu Gunsten des Realkredites geschaffen. Die fridericianische Gesetzgebung ließ es hierbei im Wesentlichen bewenden.

---

wurden. Nur der Fiskus selbst hat diesen Anspruch, L. R. I, 11 §§ 404, 406. Cedirt daher der Fiskus eine ihm zustehende Forderung, so kann der Cessionar den fiskalischen Pfandrechtstitel nicht als Zubehör des abgetretenen Rechtes geltend machen, während dann, wenn die fiskalische Hypothek bereits eingetragen wäre, diese Hypothek auch auf den Cessionar überginge. — Die Eintragung der fiskalischen Vorrechte auf die Grundstücke fiskalischer Beamten und Domänenpächter soll von der vorgesetzten Dienstbehörde nur beantragt werden, wenn besondere Umstände dieselbe erfordern. K. O. vom 2. Juli 1833.

9) Die Eintragung erfolgt in Gemäßheit des Ersuchens der Finanzbehörde, Preußisches Ausführungsgesetz zum Gerichtskostengesetz vom 10. März 1879 § 29 Abs. 2. Die Zwangsversteigerung von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens ist wegen einer Gerichtskostenforderung nur gegen denjenigen zulässig, welcher das mit einem Pfandrecht für die Kostenforderung belastete Grundstück durch Vertrag unter Lebenden erworben hat und weder Descendent noch Ehegatte eines Descendenten des ersten Schuldners ist, Citirtes Gesetz § 29 Abs. 3. Unter dem ersten Schuldner ist auch zu verstehen, wer gesetzlich für die von einem Andern geschuldeten Kosten haftet.

10) Vgl. Einführungsgesetz zur preußischen Konkursordnung Art. XI unter 2.

11) Einführungsprozeß zur preußischen Konkursordnung Art. XII vgl. unten Bd. 3 § 31 Anm. 14 ff. Es entsteht die Frage, ob die Frau, welche die Eintragung innerhalb eines Jahres nicht begehrte, obgleich ihr Mann Grundeigenthümer war, nur ihren Titel auf die Grundstücke verliert, die derselbe in jener Zeit besaß, oder schlechthin des Anspruches verlustig geht auch in Beziehung auf andere Grundstücke, die derselbe später erwarb. Da das Recht der Ehefrau nach älterem Rechte zeitlich unbeschränkt war und erst später gesetzlich beschränkt wurde, so besteht es insoweit fort, als die Beschränkung nicht unzweideutig im Gesetz getroffen ist; daher ist die erstere Ansicht die richtige. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 82 S. 276. Das Jahr ist vom Eigenthumserwerb durch den Mann zu rechnen, also von der Auflassung an, wenn der Erwerb im Wege freiwilliger Veräußerung geschah.

12) L. R. II, 2 § 187 ff., unten Bd. 3 § 57 bei Ziff. 1 Buchst. b.

Persönliche Gläubiger konnten daher, auch wenn sie vollstreckbare Forderungen hatten, deren Eintragung als Hypotheken nicht fordern. Allerdings erwarben sie durch s. g. Immission, d. h. richterliche Einweisung in das Grundstück, ein gerichtliches Pfandrecht, aber dies gab ihnen nur ein Vorrecht in der Zwangsvollstreckung vor anderen Personalgläubigern, sie traten hiermit nicht in die Reihe der Hypothekengläubiger.[2]

Erst in unserem Jahrhundert entwickelte sich das Recht der Personalgläubiger, für ihre vollstreckbaren persönlichen Forderungen Hypotheken eintragen zu lassen. Man führt hierfür an, daß es folgerecht sei, einem Gläubiger, welcher das größere Recht hat, das Grundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen, das geringere einer Hypothek zu gewähren, daß dies ferner dem Schuldner zum Vortheil sein könne, indem diese Sicherung den Gläubiger veranlassen werde, der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu ungünstiger Zeit Aufschub zu geben. Doch die Nachtheile überwiegen die Vortheile bei weitem. Denn mit den Zwangshypotheken wird das Realkreditsystem durchbrochen: Zudem werden Grundbücher vielfach mit Hypotheken überlastet, welche ohne Werth sind, noch dazu auf Kosten des Schuldners. Und Schutz gegen die Zwangsversteigerung giebt dem Schuldner die Eintragung nicht. Denn der Gläubiger kann Eintragung und Zwangsversteigerung gleichzeitig betreiben.[3]

Die Zulassung der Eintragung von Zwangshypotheken wegen vollstreckbarer Forderungen geschah zunächst durch die Praxis. Sie fand gesetzliche Anerkennung durch die Verordnung vom 4. März 1834 über die Exekution. Seitdem wurde das Recht der Personalgläubiger beständig gesteigert.[4] So ist insbesondere auch bei der neuesten Regelung des Gegenstandes, mittels des Gesetzes vom 13. Juli 1883 betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, geschehen.

---

1) Vgl. Hinrichs Studien S. 15 ff. Rothenberg bei Gruchot Bd. 35 S. 753 ff., Bd. 36 S. 505 ff. Dernburg Preuß. Hyp.-Recht S. 112.

2) Vgl. L. R. I, 20 § 5 und A. G. O. I, 50 §§ 448, 118, 119 I, 51 § 12.

3) Der Gläubiger kann nicht, wie bei freiwilligen Hypotheken auf vorgängige Betreibung der Zwangshypothek verwiesen werden, wenn er andere Vermögenstheile des Schuldners pfändet, unten § 324 bei Ziff. 3 Abs. 2.

4) Nach dieser Verordnung vom 4. März 1834 § 22 war die Nachsuchung der Eintragung bei dem Prozeßrichter davon abhängig, daß im Wege der Exekution ein Zahlungsbefehl an den Schuldner erlassen und die in demselben bestimmte Zahlungsfrist abgelaufen war. Dem Gläubiger stand frei, auf Grund des Erkenntnisses beim Hypothekenrichter schon vorher die Eintragung einer Protestation zur Erhaltung seines Vorrechtes nachzusuchen. Diese Protestation wurde durch § 45 der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 aufrecht erhalten. Nach dem Gesetz vom 20. März 1854 § 15 wurde ein besonderer Zahlungsbefehl an den Verurtheilten nicht mehr erlassen, die Eintragung

Dies Gesetz stellt die Eintragung der vollstreckbaren Forderung geradezu an die Spitze der Vollstreckungs-Maßregeln, und führt Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung erst nachher auf.

In Wirklichkeit liegt aber in der Eintragung keineswegs ein Mittel der Zwangsvollstreckung. Daher ergab sich ein wenig klarer Rechtszustand.[5]

1. Gemäß Antrags des Gläubigers wird eine vollstreckbare Geldforderung,[6] deren Betrag in gesetzlicher Währung fest bestimmt ist, als Hypothek auf die dem Schuldner im Grundbuche zugeschriebenen Grundbuchobjekte — Grundstücke, Gerechtigkeiten, bestimmte, sowie unbestimmte Antheile solcher — eingetragen.[7] Ist der Schuldner zwar Eigenthümer, als solcher aber nicht eingetragen, so ist der Gläubiger berechtigt, an Stelle des Schuldners dessen Eintragung beim Grundbuchrichter zu beantragen und die hierzu nöthigen Urkunden — z. B. Erbbescheinigungs- oder Testamentsausfertigungen — von Gerichten und Notaren zu fordern.[8]

Dem Grundbuchrichter ist vom Gläubiger außer dem Antrag die vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels vorzulegen; wenn sich derselbe auf Inhaber- oder Ordrepapiere gründet, sind auch diese beizufügen. Wenn die Forderung bereits auf andere Grundstücke eingetragen ist, sind außerdem die ausgefertigten Hypothekeninstrumente einzureichen. Diese Urkunden sind — damit nicht doppelte Beitreibung möglich werde — mit dem Hypothekenbrief über die Zwangshypothek zu verbinden, welcher dem Gläubiger auszuhändigen ist. Der Gläubiger kann auf den Hypothekenbrief verzichten. Der Schuldner ist bei allen diesen Vorgängen nicht zuzuziehen. Er wird nach Abschluß des Verfahrens von dem Geschehenen benachrichtigt.

2. Nach früherem Rechte hatte der Gläubiger, wenn der Schuldner verschiedene Grundstücke zu eigen hatte, nur die Wahl, welches derselben er mit der Zwangshypothek belasten wollte. Verlangte er Eintragung auf mehrere Grundstücke, so mußte er die Pfandbelastung vertheilen.[9]

---

der Judikatshypothek, war somit seitdem unmittelbar nach Rechtskraft des Erkenntnisses zulässig. Jene Protestation wurde daher überflüssig, und fiel in Folge dessen weg.

5) Vgl. Kam. Ger. Bd. 7 S. 101 „Die allgemeinen Grundsätze der C. P. O. über Zwangsvollstreckungen leiden auf die Zwangseintragung nur soweit Anwendung, als sie ihrer Natur nach auf dieselbe anwendbar sind."

6) Vollstreckbare Titel sind diejenigen der R. C. P. O. §§ 644, 702 ff., sowie die landesgesetzlichen, vgl. oben § 82 Anm. 9, § 102 Anm. 17 ff., siehe jedoch auch unten Anm. 13. Keine Eintragung kann dann genommen werden, wenn Jemand nur zu künftigen Leistungen, z B. Alimenten, verurtheilt ist, weil solches Erkenntniß noch nicht vollstreckbar ist. Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 482.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 6.

8) Ueber das Verlangen der Ausstellung einer Erbbescheinigung siehe Kam. Ger. Bd. 12 S. 46, vgl. unten Bd. 3 § 228 Anm. 5. — Die Eintragung einer Vormerkung gegen die nicht eingetragenen Erben des Schuldners wollte zulassen Johow Jahrbuch Bd. 5 S. 123.

Nach dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen kann der Gläubiger aber die ungetheilte Eintragung auf alle Grundstücke seines Schuldners beantragen, und wenn er Solidarschuldner hat, auf alle Grundstücke aller seiner Schuldner. Das Gesetz stellt zwar dem Schuldner offen, bei Uebermäßigkeit der hierdurch entstehenden Sicherheit Vertheilung der Forderung auf die Grundstücke, beziehungsweise Befreiung einzelner mittels Klage zu beantragen, doch hat dies wenig praktische Bedeutung.[10]

3. Die Zwangshypothek erstreckt sich auf Kapital, Zinsen, Prozeßkosten und die Kosten der Eintragung selbst.[11 12]

4. Die Zwangshypothek hat dieselben Eigenschaften wie die freiwillige Hypothek. Insbesondere unterliegen dritte entgeltliche Erwerber den etwaigen Einreden gegen die Vormänner nicht, wenn sie nicht aus dem Hypothekenbuch erkennbar oder den Erwerbern sonstwie nachweisbar bekannt waren.[13] Sie bilden also Verkehrshypotheken — an Ordre.

5. Nur eine Vormerkung ist einzutragen, wenn die Forderung nur vorläufig, oder nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar ist,[14] ferner dann, wenn die oben genannten Urkunden, welche dem vollstreckbaren Schuldtitel beigelegt werden müssen, nicht beigefügt sind.[15]

Aber auch aus vollstreckbaren gerichtlichen und notariellen Urkunden und aus vollstreckbaren nichtgerichtlichen Vergleichen wird nur eine Vormerkung eingetragen.[16] Dies, um zu verhüten, daß dem Schuldner die etwaigen Einreden gegen diese Forderungen hinter seinem Rücken dadurch abgeschnitten werden, daß sie als Hypothek eingetragen werden, die an gutgläubige Dritte begeben wird. Die Umschreibung der Vormerkung in eine

---

9) V. vom 4. März 1834 § 23. Das Reskript vom 26. April 1836 sprach jedoch aus, daß die auf ein Folium eingetragenen Grundstücke im Sinne jenes Paragraphen, nicht für mehrere Immobilien, sondern für ein Immobile zu erachten seien.

10) Zwangsvollstreckungsgesetz § 6 Abs. 2. Bezieht sich die Schuld nur auf bestimmte Vermögensbestandtheile, so kann die Eintragung auf andere nicht genommen werden. Hinrichs Studien S. 20.

11) Es ist zulässig, auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses rückständige Hypothekenzinsen kapitalisirt einzutragen. Hierdurch kann aber natürlich die Stellung bereits eingetragener Nachhypotheken, welchen jene Zinsen nur in einem beschränkten Maße vorgehen, nicht verschlechtert werden.

12) Ueber die Kosten und Gebühren für die Anträge auf Eintragung der vollstreckbaren Forderung vgl. Entsch. des Kam. Ger. Bd. 5 S. 155, aber jetzt Kam. Ger. Bd. 12 S. 91.

13) Plenarbeschluß des O. Trib. vom 7. Mai 1855, Entsch. Bd. 30 S. 408, Hinrichs Studien S. 22.

14) Zwangsvollstreckungsgesetz § 7. Den für vorläufig vollstreckbar erklärten Erkenntnissen stehen die im Mahnverfahren erlassenen Vollstreckungsbefehle gleich, R. C. P. O. §§ 639 und 640, wie auch Entscheidungen, gegen welche Beschwerde stattfindet.

15) Zwangsvollstreckungsgesetz § 8 Abs. 2 a. E.

16) Zwangsvollstreckungsgesetz § 6 Abs. 3, vgl. oben § 102 bei Ziff. 3.

Hypothek erfolgt erst, wenn durch den Eigenthümer oder durch den Richter auf Grund einer Feststellungsklage anerkannt ist, daß Einwendungen gegen die Forderung nicht bestehen.

6. Wegen vollstreckbarer Forderungen, deren Betrag nicht in gesetzlicher Währung bestimmt ist, ist nur Eintragung eines Arrestes zulässig.

§ 322. Die Eintragung des Arrestes.[1]

Die fridericianische Gesetzgebung kannte keinen Arrest auf Grundstücke, beschränkte den Arrest vielmehr auf bewegliche Sachen.[2] Die Praxis jedoch glaubte im Laufe unseres Jahrhunderts die Arrestirung von Grundstücken zu Gunsten der persönlichen Gläubiger nicht entbehren zu können. Es erschien unleidlich, daß der Grundeigenthümer, welcher verfügbaren Grundstückswerth hatte, diesen seinen gefährdeten persönlichen Gläubigern durch Verpfändung an Dritte entziehen könne. Deshalb trug man Arreste als protestationes de non amplius intabulando ein, obgleich eine gesetzliche Grundlage hierfür fehlte.[3] Jedoch verfuhr die Praxis hierbei keineswegs völlig folgerecht. Hieraus entwickelten sich die größten Streitfragen:

Nach der A. G. O. gab der Arrest dem Arrestleger kein Vorzugsrecht oder Pfandrecht vor anderen Gläubigern; er sicherte nur den status quo zu Gunsten aller Gläubiger. Wollte man dies auf Grundstücke anwenden, so hätte man die dritte Rubrik des Hypothekenbuchs sperren; somit jede Eintragung von Hypotheken untersagen müssen. So weit ist man indessen niemals gegangen. Man trug einen Arrest auf Höhe der Forderung des Arrestlegers ein und ließ dann weitere hypothekarische Eintragungen zu. Ein solches Verfahren war nur unter der Voraussetzung folgerecht, daß man den auf Grund des Arrestes eingetragenen Betrag dem Arrestleger für den Fall der Bewahrheitung seiner Forderung ausschließlich vorbehielt. Denn dann ging sein Interesse bei der Arresteintragung nur bis zu dieser Summe; hielt man dagegen an den Anschauungen der A. G. O. fest, wonach der Arrestleger an dem arrestirten Gegenstande kein Vorzugsrecht hatte, vielmehr eine

1) Vgl. über das frühere Recht Hinrichs Studien S. 53, Niedick bei Gruchot Bd. 26 S. 543, siehe auch Thiele bei Gruchot Bd. 37 S. 625. Derzeit kann es sich für uns nur noch darum handeln, die allgemeinen Gesichtspunkte, welche für die Behandlung der Arrestprotestation maßgebend waren, darzulegen.

2) Die Hypothekenordnung vom 20. December 1873 kennt II, § 233 ff. nur Arrest auf Hypotheken. Sie schloß II, § 290 Arreste auf Grundstücke aus. Die A. G. O. änderte hieran nichts; aus I, 29 §§ 10 ff. ergiebt sich nur, daß Arreste gegen Grundbesitzer nicht völlig ausgeschlossen waren.

3) Für die Zulässigkeit der Eintragung von Arrestprotestationen sprach sich aus Gräwell Theorie der hypothekarischen Protestationen 1815 S. 50 ff. Später stellte sie der Plenarbeschluß des O. Trib. vom 20. Mai 1842 — Entsch. Bd. 8 S. 57 — fest. Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 erkannte die Eintragung von Arrestprotestationen ausdrücklich an.

ungemessene Zahl von Gläubigern an dem festgelegten Betrag Theil nehmen konnte, so war es widersinnig, den Arrest lediglich bis zum Betrag der Forderung des Arrestlegers auszubringen, da dann diese Beschränkung seinen Interessen und seinem Anspruch, sichergestellt zu werden, nicht entsprach.

Die eine Partei der Juristen nahm gleichwohl an, es wohne solchen Eintragungen nur die Bedeutung der gewöhnlichen Arreste der A. G. O. inne, also die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung des Grundeigenthümers über sein Grundstück. Demnach waren solche Arreste in die zweite, nicht in die dritte Abtheilung des Grundbuches einzuschreiben. Sie waren zur Umschreibung in Hypotheken nicht geeignet. Andere Gläubiger konnten an dem festgehaltenen Betrage Theil nehmen; insbesondere geschah dies durch die Konkursgläubiger, wenn der Schuldner in Konkurs gerieth. Diese Ansicht stützte sich auf die Behandlung der Arreste in der A. G. O., schien in Folge dessen das Gesetz auf ihrer Seite zu haben[4] und war in der Theorie herrschend, während sie bei ihrer inneren Haltlosigkeit in der Praxis weniger Anklang fand.

Die entgegengesetzte Ansicht sah in der Arrest-Vormerkung eine bedingte Urtheilshypothek, welche der Forderung für den Fall ihrer künftigen Vollstreckbarkeit im Voraus eine feste Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen sicherte. Diese Ansicht empfahl sich durch Folgerichtigkeit. Ihr stand im Grunde die A. G. O. nicht entgegen; denn diese kannte Arreste an Grundstücken nicht. Dieselben waren Gebilde der Praxis, die ihre eigenen Wege einzuschlagen hatte. Dieser Behandlungsweise trat auch die Hypothekennovelle zur Seite, da sie die Eintragung derartiger Vormerkungen in der dritten Abtheilung des Grundbuches vorschrieb, sie also mittelbar als bedingte Hypotheken bezeichnete.[5]

Das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 hat dem vieljährigen Streite für die Zukunft ein Ende gemacht. Der Arrest begründet hiernach — also jedenfalls seit Inkrafttreten dieses Gesetzes — eine bedingte Hypothek an Grundstücken. Die Hauptgrundsätze sind folgende:[6]

1. Der Gläubiger, welcher einen Arrestbefehl erwirkt hat, ist befugt, zu dessen Vollziehung die Eintragung einer Vormerkung zur Höhe des zu sichernden Geldbetrages auf den Grundstücken seines Schuldners unmittelbar beim Grundbuchrichter zu beantragen. Die Eintragung kann auf sämmtliche

4) So entschied der dritte Senat des O. Trib. in Striethorst Archiv Bd. 66 S. 231, Bd. 93 S. 191, Entsch. Bd. 76 S. 103, ferner das R. G. Bd. 5 S. 296. Auf dieser Seite stand auch die Mehrheit der Schriftsteller.

5) So der vierte Senat des O. Trib. Entsch. Bd. 35 S. 211, Striethorst Archiv Bd. 73 S. 178.

6) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 2 Abs. 3, § 10. R. G. Bd. 26 S. 398. Ueber einstweilige Verfügungen vgl. Entsch. des Kam. Ger. Bd. 12 S. 105.

Grundstücke des Schuldners nachgesucht werden, auch wenn ihr Werth die Höhe des zu sichernden Geldbetrages weit übersteigt.

2. Der Schuldner ist zum Antrag auf Löschung des eingetragenen Arrestes befugt, wenn derselbe gerichtlich aufgehoben wurde, sei es, weil der Arrest nicht rechtmäßig war, sei es wegen später veränderter Umstände, insbesondere auch im Fall der Hinterlegung des im Arrestbefehle festgestellten Geldbetrages.[7]

3. An Stelle der Vormerkung erfolgt die endgültige Eintragung nach den Vorschriften über Eintragung von Zwangshypotheken. Es genügt aber auch Anerkennung der Arrestforderung durch den eingetragenen Eigenthümer in authentischer Form und die Bewilligung desselben zur Eintragung einer Hypothek, damit dieselbe an Stelle der Vormerkung eingetragen werden könne.

Eine Anfechtung des Vorrechtes der auf Grund des Arrestes vorgemerkten Forderung durch später eingetragene Gläubiger unter der Behauptung, daß ein rechtmäßiger Arrestgrund nicht bestand, ist nicht statthaft. Denn die Anfechtung der Rechtmäßigkeit des Arrestes ist nur Sache des Arrestaten. Anfechtung auf Grund der s. g. Paullianischer Klage ist zulässig.

§ 323. Rekognitions-Hypothek.

1. Von der Regel, wonach Hypotheken nur durch Eintragung entstehen, traf man eine Ausnahme für den Fall,[1] daß das Grundbuch für einen Bezirk noch nicht angelegt ist, oder, was noch immer vorkommt, daß das Grundstück, um welches es sich handelt, noch keine Aufnahme im Buche gefunden hat.

2. Der Gläubiger, welcher auf das noch nicht eingetragene Grundstück einen an sich eintragungsfähigen Titel zur Hypothek erwirbt, hat denselben beim Grundbuche anzumelden, indem er zugleich Prüfung des Titels und die Bescheinigung seiner Anmeldung beantragt. Diese Bescheinigung — Rekognition — ist durch das Grundbuchamt auf die Schuldurkunde zu setzen, welche den Hypothekentitel begründet. Damit vollendet sich die Pfandbestellung.[2]

3. Die Rekognitionshypothek gewährt ein gegen Dritte verfolgbares Recht und den Vorrang gegenüber späteren Erwerbern der Sache oder eines Rechtes an derselben.[3] Sie verleiht aber diejenigen Rechte nicht, welche aus

7) Vgl. R. C. P. O. § 813. 803.

1) Diese Ausnahme hat ihre Quelle in der Verordnung vom 16. Juni 1820 und der Deklaration vom 28. Juli 1838, welche nach G. B. O. § 140 in Kraft geblieben sind.

2) Die Rekognition genügt nicht, wenn ein Grundstück verpfändet wird, welches zwar nicht besonders im Grundbuche eingetragen ist, welches aber einen Flächenbestandtheil eines im Grundbuche eingetragenen Grundstückes bildet, dessen einzelne Bestandtheile noch nicht bezeichnet sind. Diese Zugehörigkeit wird aber bei der derzeitigen Beschaffenheit unserer Grundbücher sehr oft zweifelhaft sein.

dem öffentlichen Glauben des Grundbuches fließen. Demzufolge muß der Gläubiger, welcher ein Pfandrecht gegen Dritte auf Grund der Rekognitions-Hypothek in Anspruch nimmt, das Eigenthum seines Pfandbestellers an dem Pfandgrundstücke zur Zeit der Rekognition nachweisen. Auch stehen dem redlichen Erwerber einer Rekognitions-Hypothek alle Einreden entgegen, welche dem ursprünglichen Gläubiger derselben entgegengesetzt werden konnten, da die besonderen Begünstigungen des Erwerbes eingetragener Hypotheken für dies Verhältniß nicht bestimmt sind.[4]

§ 324. Hypotheken- und Grundschuldbriefe.[1]

1. Es ist eine Eigenthümlichkeit des deutschen Rechtes, Urkunden über Rechtsgeschäfte zu Trägern der in ihnen verbrieften Rechte zu machen, so daß deren Geltendmachung vom Besitze, und deren Uebertragung von der Einhändigung der Urkunde abhängig ist.

An dieser Gestaltung hat das preußische Hypothekenrecht Theil genommen,[2] ohne daß man jedoch zu einer vollständigen und zu einheitlicher Regelung gelangte.

Man unterscheidet in der Wissenschaft die Buchhypothek, bei welcher Erwerb und Geltendmachung der Hypothek einzig von der Eintragung des Gläubigers im Grundbuch abhängig ist und die Briefhypothek, bei welcher Erwerb und Geltendmachung durch den Besitz des Hypothekenbriefes bedingt wird. Das preußische Hypothekenrecht hat es vorzugsweise, aber nicht ausschließlich, mit Briefhypotheken zu thun:

Die Grundschuld zwar fordert nothwendig die Ausstellung eines Briefes über die eingetragene Post, auch Hypotheken sind in der Regel verbriefte. Sie können aber auch nichtverbriefte sein, da die Betheiligten bei Begründung der Hypothek auf Ausstellung eines Hypothekenbriefes verzichten dürfen.[3]

---

3) Die älteren Hypotheken, welche nach den betreffenden Einführungspatenten nicht präkludirt wurden, behalten auch ohne Rekognition ihre Stelle. — Hypotheken, welche gegen einen Rechtsvorfahr angemeldet sind, welcher erst nachher Eigenthum des bezüglichen Grundstückes erwirbt, stehen der Natur der Sache entsprechend solchen Hypotheken nach, welche derselbe Vorfahr im Erwerbungsdokumente bewilligt hat, auch wenn diese erst später rekognoscirt wurden. Es ist also L. R. I, 20 § 408 anwendbar, was Koch zur V. vom 16. Juni 1820 (L. R. I, 20 § 391) mit Unrecht verneint.

4) Hiernach ist E. E. Ges. § 38 auf die Rekognitionshypothek nicht anzuwenden. — Siehe ferner unter § 338 bei Ziff. 1 z. Anf., § 337 über die s. g. Succession des Eigenthümers.

1) Dernburg Pr. Hyp. Recht S. 132.

2) Amtliche Rentenbriefe über gekaufte Renten kommen bereits im Mittelalter vor; nicht selten wurde das Recht auf die Rente durch Uebergabe dieses Briefes veräußert, Stobbe Bd. 2 S. 246. Die Pfandbriefe der Landschaften — oben § 314 bei Ziff. 1 — dienten den Hypothekenbriefen zum Vorbild.

3) G. B. O. § 122.

Das wurde indessen nur für Fälle nachgelassen, in welchen die Hypothek nicht für den Verkehr bestimmt ist. Tritt daher nachträglich durch ein Verkehrsgeschäft bei der Post eine Veränderung ein und soll diese im Buche eingetragen werden, so hat die nachträgliche Ausfertigung eines Hypothekenbriefes zu geschehen.[4] [5]

2. Die Wichtigkeit der Hypothekenurkunde für den Hypothekenverkehr spornte die Gesetzgebung, diesem Gegenstand besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Die Form jener Urkunden hat daher ihre besondere Geschichte.

a) Nach der Hypothekenordnung von 1783 stellte das Gericht das Hypothekendokument dadurch her, daß es auf die Urkunde über die persönliche Schuld — z. B. den Darlehnsschuldschein, oder den Kaufbrief über gestundeten Kaufpreis — eine „Registratur" der vollzogenen Eintragung — der s. g. Ingrossation — im Hypothekenbuche setzte. Außerdem wurde, wie man sagte, in vim recognitionis, ein Hypothekenschein, d. h. die beglaubigte vollständige Abschrift des bezüglichen Grundbuchblattes ausgefertigt und mit der ingrossirten Schuldurkunde verbunden.[6] In dem Hypothekenschein fanden sämmtliche Eintragungen des Grundbuchblattes vollständige Aufnahme, vorausgesetzt, daß sie nicht bereits durch Löschung oder der Löschung gleich wirkende Eintragungen beseitigt waren.[7]

b) Die Novelle vom 24. Mai 1853 § 22 ff. ersetzte den Hypothekenschein durch den Hypothekenauszug. Derselbe wurde gleichfalls der ingrossirten Schuldurkunde angehängt. Der wesentliche Unterschied vom Hypothekenschein lag darin, daß diejenigen Angaben des Grundbuchblattes, welche für den Nehmer der Hypothek regelmäßig ohne Bedeutung sind, keine Aufnahme fanden. Insbesondere wurden die Schuldposten, welche der zu beurkundenden Hypothek vorgingen, nur nach ihrer laufenden Nummer und bloß mit

4) G. B. O. § 129 Abs. 2, § 91 Abs. 2. Besteht die Veränderung darin, daß die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt wird, so muß die nachträgliche Ausfertigung eines Grundschuldbriefes genügen. Fraglich ist, ob nur Abtretungen — Cessionen, Verpfändungen und Prioritätsabtretungen, wie sich die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 § 17 ausdrückte, — oder auch Veränderungen des Inhaltes der Verpflichtung, z. B. Aenderungen des Zinssatzes, die nachträgliche Bildung der Hypothekenurkunde erfordern. Für die Beschränkung auf Fälle der Abtretung spricht die Entstehungsgeschichte, da man nur die Bestimmungen der Hypothekennovelle erhalten wollte, sowie dessen Tendenz, da man erst dann, wenn die Hypothek in den „Verkehr" getreten ist, eine Hypothekenurkunde für nöthig hielt. So auch die Mehrheit der Schriftsteller und die Praxis, vgl. Kam. Ger. Bd. 1 S. 86. Dagegen Schultzenstein bei Johow Entsch. der Preuß. App. Ger. Bd. 8 S. 342.

5) Bedarf es der Einwilligung des Eigenthümers zur nachträglichen Ausfertigung eines Hypothekenbriefes? Hierfür Kam. Ger. Bd. 7 S. 145, vgl. aber auch die Abhandlung von Wenzel in den Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 12 S. 368.

6) Vgl. Hypothekenordnung Tit. II § 301 ff.

7) Aus der ersten Abtheilung wurden jedoch nur Vermerke, welche den gegenwärtigen Eigenthümer und dessen Besitzzeit angingen, aufgenommen.

ihrem Betrage aufgeführt, während der auf die Person des Inhabers, sowie der auf den Schuldgrund dieser Posten bezügliche Inhalt wegblieb.

c) Nach jetzigem Grundbuchrechte werden Hypotheken- und Grundschuldbriefe ausgefertigt. Sie bilden nicht mehr bloß einen Anhang zur Urkunde über die persönliche Schuld, sondern selbständige Urkunden über die dingliche Belastung.

Die Briefe enthalten zunächst den vollständigen Eintragungsvermerk über die bezügliche Post. Dazu kommen die zur Beurtheilung ihrer rechtlichen Stellung nothwendigen und zur Würdigung ihrer Güte nützlichen auszüglichen Nachrichten aus dem Grundbuchblatte in ähnlicher Weise, wie bei den früheren Hypothekenauszügen.[8] Mit den Hypothekenbriefen hat der Grundbuchrichter die Urkunde über die zu Grunde liegende persönliche Schuld durch Schnur und Siegel zu verbinden. Bei Grundschuldbriefen dagegen ist keine Verbindung vorzunehmen, auch wenn die Grundschuld der Sicherung einer persönlichen Forderung dient[9] und dies dem Gericht kundgethan ist.

3. Buch und Brief sollen übereinstimmen, nicht bloß bei Begründung der Post, sondern fortdauernd.

Nach Aushändigung des Briefes an einen Betheiligten können daher Eintragungen in das Grundbuch, wenn sie die Rechtsstellung des Gläubigers ändern, nur unter Beibringung des Briefes erfolgen, damit sie dort nachgetragen werden. Würde dies nicht festgehalten, so könnte der gutgläubige Erwerber des Briefes leicht getäuscht werden. Doch für den Schuldner, welcher Einreden gegen die Post hat, und sie zu seiner Sicherung gegen Dritte eintragen lassen will, entstehen hieraus mitunter große Schwierigkeiten.[10] [11]

4. Nur ein Brief darf über eine Post bestehen, weil er Träger des Pfandrechtes ist. Die Ausstellung eines neuen Briefes über eine verbriefte

---

8) Vgl. G. B. O. § 124 ff. und Formular H zur G. B. O. Auch aus der zweiten Abtheilung genügen auszügliche Vermerke, aus welchen das für die Post Wesentliche zu entnehmen ist.

9) Nach älterem Recht galt das Original-Schuldinstrument mit der auf dasselbe gesetzten Registratur als das wesentliche Hypothekendokument. Daher bestimmte noch die Hypothekennovelle von 1853 § 35 Abs. 3. „Die Beibringung des einem Hypothekeninstrument beigefügt gewesenen Hypothekenauszuges oder Hypothekenscheines ist zur Löschung in keinem Falle erforderlich." Umgekehrt bedarf es zur Löschung der Posten, für welche Hypothekenbriefe des jetzigen Rechtes ausgestellt sind, nur der Beibringung dieser Briefe, nicht der Schuldurkunde, da in jenen, nicht in dieser das Hypothekeninstrument liegt. Vgl. vorstehend im Text bei Buchst. c und § 325 Anm. 5.

10) Für diese Uebereinstimmung haben Richter und Buchführer thunlichst zu sorgen und sind hierfür verantwortlich G. B. O. § 131.

11) G. B. O. § 129 Abs. 1 § 82. Hyp. O. II § 221 ff. § 241 ff. Handelt es sich z. B. auf Grund einstweiliger gerichtlicher Verfügungen um Vermerke, welche gegen den Willen des Inhabers des Briefes eingetragen werden sollen, so muß der Brief gemäß R. C. P. O. § 817 beschafft werden.

Post setzt deshalb voraus, daß der alte Brief kassirt, vernichtet oder wenigstens gerichtlich für kraftlos erklärt ist.[12]

5. Die Aushändigung des Briefes Seitens des Gerichts hat, wie bereits bemerkt, in der Regel, nach Eintragung des Pfandrechts, an den Grundstückseigenthümer zu geschehen, welcher dieselbe bewilligt hat.[13]

Unmittelbar an den Gläubiger hat sie zu erfolgen, wenn der Grundeigenthümer dies dem Gericht als seinen Willen erklärt, sei es durch Erklärung unmittelbar bei Bewilligung der Eintragung, sei es durch besonderen Antrag beim Grundbuchrichter, sei es durch eine, vom Gläubiger vorgelegte, Ermächtigung.

Unmittelbar an den Gläubiger hat das Gericht den Brief ferner abzuliefern, wenn dies durch rechtskräftiges Urtheil bestimmt ist, sowie dann, wenn der Gläubiger seine vollstreckbare Forderung als Hypothek zwangsweise eintragen ließ.[14]

War die Eintragung von einer Behörde nachgesucht, so geschieht an diese die Aushändigung des Briefes.

6. Was die rechtliche Bedeutung des Briefes anlangt, so ist das formelle Bestehen der verbrieften Post und das Recht zu ihrer Geltendmachung zu unterscheiden. Formell besteht die Post auch, wenn der Brief über dieselbe dem Gläubiger noch nicht ausgehändigt ist. Insbesondere genügt, wie oben bemerkt wurde, die bloße Eintragung im Grundbuche dazu, daß die Post bei einer Zwangsversteigerung von Amtswegen berücksichtigt und eine Kaufgeldrate für sie vorbehalten wird.[15] Die Geltendmachung der Post aber ist in den wichtigsten Beziehungen an den Brief gebunden. Denn es kann nur Zahlung erlangen sowie im Fall der Zwangsversteigerung die ausgeworfene Kaufgelderrate erheben, wer im Besitz des Briefes ist oder ein Erkenntniß über dessen Kraftloserklärung erstritten hat.[16]

Im § 20 bestimmt das E. E. Gesetz besonders, daß der Gläubiger das Verfügungsrecht über die Grundschuld erst durch die Aushändigung des Briefes an ihn erlange.[17] Die Bestimmung wurde für Grundschulden getroffen aus

12) G. B. O. §§ 130, 111.

13) G. B. O. § 122 Dernburg Pr. Hyp. R. S. 138.

14) Zw. Vollstr. Ges. § 9 Abs. 2, § 127.

15) Oben § 317 bei Ziff. 3.

16) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 120, 131 ff.

17) Diese Bestimmung, welche sich in den früheren Entwürfen nicht fand, wurde im jüngsten Regierungsentwurf für dessen „Hypothek" vorgeschlagen, vgl. oben § 314 bei Ziff. 4. Bei der Umarbeitung des Entwurfes im Herrenhause beschränkte man sich auf die „Grundschuld" und dehnte sie auf die wieder aufgenommene landrechtliche Hypothek nur darum nicht aus, weil für die Hypothek die Ausfertigung eines Hypothekenbriefes nichts Wesentliches sei.

Besorgniß vor den besonderen Gefahren der Grundschuld; sie ist aber nicht weniger richtig für Hypotheken, über welche Briefe ausgestellt sind.

7. Der eingetragene Gläubiger hat das Recht, auf Aushändigung des Briefes zu klagen. Diese Klage hat einen dinglichen Charakter und ist auch gegen einen etwaigen Sondernachfolger des Verpfänders, welcher dem Klageantrag genügen kann, zuläßig. Auf die Eintragung allein kann sich aber die Klage nicht stützen. Vielmehr muß Kläger einen materiellrechtlichen Anspruch auf den Brief darlegen, z. B. daß er die Valuta geleistet habe oder zu leisten bereit sei, oder daß ihm Aushändigung des Briefes vor Zahlung der Valuta versprochen sei. Ist der Verpfänder in Konkurs verfallen, ehe der Brief dem Gläubiger ausgehändigt wurde, so hat der eingetragene Gläubiger gegenüber der Konkursmasse ein Recht auf Brief und Post nur, wenn er dem Gemeinschuldner die Valuta vor Eröffnung des Konkurses leistete und die Konkursgläubiger nicht ihm gegenüber anfechtungsberechtigt sind.

8. Im Falle eines Verlustes der Hypothekenurkunde darf der Gläubiger den Antrag auf gerichtliches Aufgebot und Kraftloserklärung derselben stellen, damit ihm statt der verlorenen eine neue Urkunde ausgefertigt werde.[18] Auch der Grundeigenthümer, welcher Tilgung der Post behauptet oder vornehmen will, kann diese Kraftloserkärung herbeiführen, sei es, um die Löschung der Post zu ermöglichen, sei es, um sein Nachfolgerecht in dieselbe festzustellen und die Neuausfertigung eines Briefes zu bewirken.[19]

III. Abtretung der Hypothek und der Grundschuld.[1]

§ 325. Die gewöhnliche Abtretung.

Möglichste Begünstigung und Erleichterung der Abtretung von Hypoken und Grundschulden liegt im allgemeinen Interesse. Denn der Pfandgläubiger, welcher seines Kapitals bedürftig ist, kann dasselbe nur mittels Kündigung, oder im Wege der Abtretung mittels Verkaufs erhalten. Von diesen beiden Mitteln führt das erste häufig zur Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstückes und damit zur Vernichtung der wirthschaftlichen Existenz des Grundeigenthümers, während das zweite nur einen Wechsel der Person des Gläubigers bewirkt und das Ziel ohne solche Katastrophe erreicht.

---

18) Vgl. G. B. O. §§ 111, 112. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 144. Der Gläubiger konnte nach früherem Rechte das Aufgebot der Urkunde nur beantragen, wenn die Gläubigereigenschaft Seitens des Grundeigenthümers oder Seitens des Gerichtes diesem gegenüber erkannt war. Es ist nicht mit Achilles anzunehmen, daß dies durch § 111 geändert sei, da nur so festgestellt werden kann, daß der Antragsteller „Gläubiger“ ist. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 330.

19) G. B. O. §§ 110, 112, E. E. Ges. § 63, Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 330.

1) E. E. Gesetz § 52 ff. G. B. O. § 79 ff.

Die Förderung der Abtretung geschieht nun nach preußischem Rechte in doppelter Weise: einmal durch Sicherung des redlichen entgeltlichen Erwerbers der Hypothek, sowie des Erwerbers der Grundschuld gegen Einreden, welche ihnen unbekannt geblieben waren,[2] zum anderen durch Erleichterung der Form der Uebertragung.

1. Der Auffassung des Verkehres wäre es entsprechend gewesen, die Abtretung verbriefter Hypotheken an die Aushändigung der Hypothekenurkunde zu knüpfen. Dies geschah auch durch die Hypothekenordnung, welcher das Vorbild der landschaftlichen Pfandbriefe vor Augen stand.[3] Später im Landrecht aber wurde die Uebereignung der Hypothekenforderungen einfach der Abtretung von Forderungen untergeordnet.[4] Jedenfalls nahm dies die herrschende Lehre an. In Folge dessen entstand ein nicht einheitlicher, zum Theil bestrittener Rechtszustand.

a) Die gewöhnliche Abtretung geschieht durch Cessionsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Cessionar in den ordentlichen Formen der Cession.[5] Sie muß also schriftlich sein; ist sie Handelsgeschäft, so bedarf es keiner Form.

b) Die Befugniß zur Beitreibung des Hypothekenkapitales erhält der Erwerber erst durch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Abtretungserklärung und durch Einhändigung des Briefes über die abgetretene Post — sofern ein solcher ausgefertigt ist — da der Pfandschuldner nur gegen diese Urkunde das Kapital zahlen kann und muß.[6]

Desungeachtet gilt die Abtretung der Hypothek, als Folge der Cession, schon vor Aushändigung des Hypothekenbriefes vollzogen.[7] Dagegen nimmt das Reichsgericht als dem Wesen der Grundschuld entsprechend an, daß deren Uebergang erst mit Aushändigung des Briefes eintritt.[8]

c) Der Cessionar wird durch gehörige Anzeige — Denunciation — an den Grundeigenthümer dagegen gesichert, daß dieser fortan noch Einwendun-

---

2) unten § 342 bei Ziff. 1 ff.

3) Hypothekenordnung von 1783 Tit. II, § 192 ff.

4) L. R. I, 20 § 512, siehe L. R. I, 11 § 393 ff. unten Bd. 2 § 82.

5) Vgl. aber E. E. G. § 55 — unten § 326 — bezüglich der Blankocession der Grundschuld.

6) L. R. I, 11 §§ 395, 397, R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 707.

7) Entsch. des O. Trib. Bd. 63 S. 91, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 691. Vgl. aber auch unten bei Ziff. 8 a. E.

8) R. G. Bd. 3 S. 328. So auch Dernburg Pr. Hyp. R. S. 219. Folgerecht kann auch die Pfändung der Grundschuld nur gemäß R. C. P. O. § 732 geschehen, vgl. Dernburg a. a. O. — Grundsätzlich verwerfen die Entscheidung des Reichsgerichts: Paris Uebertragungsform der Grundschuld 1883. Eccius Bd. 3 § 199a Anm. 6a. Zum Erwerb der Grundschuld ist aber nicht nothwendig, daß die Cessionsurkunde dem Cessionar ausgehändigt wurde, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 668.

gen aus der Person des Cedenten gegen ihn erwerbe.[9] Daher kann nach jener Anzeige einerseits nur der Cessionar, nicht der Cedent, kündigen, und kann andererseits eine etwaige Kündigung des Grundeigenthümers nur noch an den Cessionar geschehen. Auch kann und muß der Pfandschuldner von jetzt ab die Zinsen dem Cessionar zahlen.

d) Wenn auch die Eintragung im Grundbuch nichts für die Abtretung nothwendiges ist,[10] [11] so giebt sie dem Erwerber doch erhöhte Sicherheit,[12] da die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und sonstige für das Pfandrecht wichtige Thatsachen nur den eingetragenen Inhabern der Forderung vom Gericht besonders kund gemacht werden, so daß sie nicht eingetragenen Erwerbern der Post leicht entgehen können.[13] Ferner bekleidet die Umschreibung die Abtretung mit öffentlichem Glauben, so daß sich Dritte auf sie berufen können. Endlich begründet sie ohne Weiteres das Klagerecht des eingeschriebenen Erwerbers, so daß dieser die Abtretung der Forderung nicht noch in anderer Weise darzuthun hat.[14] [15]

2. Die allgemeinen Grundsätze über die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden finden auch auf Theilabtretungen Anwendung.[16]

---

9) Ueber die Erfordernisse der Anzeige siehe L. R. I, 11 § 413 ff., unten Bd. 2 § 85.

10) E. E. Gesetz § 54. Deshalb wird, wer den Wechsel in der Person des Gläubigers kennt, durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht geschützt, wenn er den Uebergang des Gläubigerrechtes unberücksichtigt ließ R. G. Bd. 15 S. 268.

11) Nothwendig ist die Ueberschreibung u. A. nach Sächsischem Civilgesetzbuch § 438. Das Mecklenburgische Recht legt dem Cessionar von Hypotheken an ritterschaftlichen Landgütern die Verpflichtung auf, die Einschreibung innerhalb eines Jahres zu beantragen. Meibom a. a. O. S. 240.

12) Vgl. auch Hypothekenordnung von 1783 Tit. II, § 213.

13) G. B. O. § 57. Der nicht eingetragene Cessionar läuft auch Gefahr, daß der Cedent die Zinsen erhebt, oder daß diesem ohne Kenntniß des Cessionars gekündigt wird.

14) E. E. Gesetz §§ 37. 38 Abs. 3.

15) Die formellen Erfordernisse der Eintragung einer Abtretung ergeben sich aus den allgemeinen Grundsätzen. Es bedarf gerichtlich oder notariell beglaubigter Bewilligung des Gläubigers, welche auch ohne Cessionserklärung genügt, andererseits aber, wie früher hervorgehoben wurde — oben § 197 Anm. 11 —, in dem Cessionsvertrage mittelbar liegt, oder dessen rechtskräftiger Verurtheilung zu jener Bewilligung, oder des Ersuchens einer zuständigen Behörde, E. E. Ges. § 53. Der Antrag kann vom Cedenten oder vom Cessionar gestellt werden. Bei Uebergang durch mehrere Hände sind sämmtliche Sucessionen in unterbrochener Reihenfolge dem Grundbuchamte in beglaubigter Gestalt nachzuweisen; einer Eintragung der Zwischeninhaber bedarf es nicht. G. B. O. § 81. — Auf den Rechtsgrund der Cession erstreckt sich die Prüfung des Richters nicht, so daß er die Umschreibung nicht beanstanden darf, wenn ihm deren Rechtsgrund mangelhaft scheint. — Die Umschreibung im Buche darf nur unter gleichzeitigem Vermerk auf dem Hypothekendokumente, welches vorzulegen ist, geschehen. G. B. O. §§ 79, 82.

16) Vgl. über Theilabtretungen Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 229.

Die Theilabtretung wird aber erst vollkommen, d. h. die Trennung endgültig vollzogen, wenn ein Zweigdokument über die abgetretene Post hergestellt und auf dem Stammdokument ein Abschreibungsvermerk angebracht wurde.

Der Theilcessionar ist namentlich zur Beitreibung des ihm abgetretenen Kapitals nur befugt, wenn er im Besitze des Zweigdokumentes ist.

Die Ausfertigung desselben fällt nicht in den Kreis der Grundbuchgeschäfte als solcher, sondern ist Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Grundbuchrichter aber ist konkurrirend mit deren andern Organen zur Herstellung eines Zweigdokumentes befugt. —[17]

3. Die Hypothek, desgleichen eine neben einer persönlichen Schuld stehende Grundschuld, darf nicht in eine andere Hand gerathen, wie der durch sie versicherte persönliche Anspruch, da sonst dem Schuldner die Gefahr doppelter Zahlung droht.

Hinsichtlich der Hypothek verlangt daher das Gesetz, daß die Abtretung gemeinsam mit der persönlichen Forderung geschehe.[18] Ueber die Folge des Zuwiderhandelns spricht es sich nicht aus. Meist wird die Absicht der Parteien bei alleiniger Abtretung der Hypothek gewesen sein, daß die Geltendmachung der Forderung im Wege der persönlichen Klage nicht nur durch den Cessionar, sondern auch durch den Cedenten unterbleibe.[19] Dem steht nichts im Wege. Ging aber die Absicht dahin, daß der Cedent berechtigt sein solle, die persönliche Forderung, der Cessionar aber die hypothekarischen Ansprüche für sich geltend zu machen, so wäre das Cessionsgeschäft ungültig. Wird hingegen eine zur Sicherung eines persönlichen Rechtes dienende Grundschuld unter Vorbehalt der persönlichen Ansprüche abgetreten, so ist nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes die Abtretung gültig, die persönliche Forderung aber erlischt.[20]

Das Gesetz schweigt über den Fall, daß die persönliche Forderung ohne die Hypothek, oder ohne die zu ihrer Sicherung bestellte Grundschuld

17) Vgl. G. B. O. § 83. Vgl. unten Anm. 26. Bei Abtretung von Zinsen ist ein Zweigdokument nicht auszustellen, Kam. Ger. Bd. 9 S. 89, sowie unten § 332 Ziff. 7 und Anm. 3 a. E.

18) E. E. Gesetz § 52 Abs. 1.

19) Dernburg, Preuß. Hyp. R. S. 216, dag. Eccius § 199a Anm. 1.

20) E. E. Ges. § 52 Abs. 2. Ist dies Erlöschen endgültig, oder entsteht nur eine Einrede gegen die persönliche Forderung, so daß dieselbe wieder Geltung erhält, wenn die Gefahr des Zwanges zu doppelter Zahlung nicht mehr besteht? Kann z. B. die persönliche Forderung noch nachträglich an den Cessionar der Grundschuld abgetreten werden? Kommt sie zur Geltung, wenn der ursprüngliche Gläubiger die Grundschuld zurückerwirbt, oder wenn diese in der Zwangsversteigerung ausgefallen oder gelöscht ist? Man wird, dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend, endgültigen Untergang der persönlichen Forderung anzunehmen haben, anders unsere früheren Auflagen. — Ueber

abgetreten werden sollte. Im Zweifel muß man in der Abtretung der Forderung auch die Cession einer zugehörigen Hypothek oder Grundschuld eingeschlossen sehen.[21] War dies nicht die Absicht, so kann der Schuldner jede Geltendmachung der persönlichen Forderung durch den Cessionar so lange ablehnen, als die Gefahr der Geltendmachung der eingetragenen Post besteht.

4. Die Abtretung bezieht sich im Zweifel auch auf künftig fällige,[22] nicht aber auf rückständige Zinsen. Werden dem Cessionar niedrigere, z. B. 4 % Zinsen von einer höher, z. B. zu 5 %, verzinslichen Post abgetreten, so ist hierin der Regel nach Herabsetzung des Zinsfußes zu Gunsten des Grundeigenthümers zu sehen, so daß dieser durch seinen Zutritt zum Geschäft nach Anzeige der Cession von der höheren Zinsenpflicht befreit wird.[23]

5. Der Abtretende haftet dem Cessionar, abweichend von den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechtes, nur für die Richtigkeit, nicht für die Zulänglichkeit der abgetretenen Hypothek oder Grundschuld.[24]

6. In Ermangelung anderweiter Vereinbarung liegen die Kosten der Abtretung und der Eintragung des Erwerbers dem Abtretenden und dem Erwerber zu gleichen Theilen ob, obgleich an sich die Tragung der Kosten Sache des Erwerbers wäre; sie fallen dem Grundeigenthümer zur Last, wenn auf dessen Veranlassung die Abtretung der Forderung geschah.[25]

---

die Rechtsgültigkeit der Vereinbarung, wonach der Gläubiger sich wegen seiner Forderung durch Veräußerung der Grundschuld zum erzielbaren Preise in Höhe desselben befriedigen darf, vgl. R. O. H. G. Bd. 23 S. 249. R. G. im J. M. B. 1887 S. 321.

21) L. R. I, 11 § 403, l. 6 D. de her. v. a. vend. 18, 4. Die Accessorien der Forderung sind für den Cedenten werthlos, für den Cessionar werthvoll. Hieraus erklärt sich die gesetzliche Vermuthung ihrer Mitabtretung. Für die Grundschuld ist die Sache zweifelhaft. Allein wenn auch die materiell accessorische Grundschuld — und nur um diese handelt es sich hier — nach außen hin selbständig ist, so hebt dies nicht auf, daß sie zur Sicherung der persönlichen Forderung bestimmt ist, so daß im Zweifel auch bei ihr die Parteiabsicht auf Mitübertragung gerichtet sein wird.

22) Etwaige Vorauszahlungen der Zinsen, sowie Einreden anderer Art gegen dieselben aus der Person des Vorgängers, stehen freilich auch dem redlichen Erwerber entgegen. Gegen diese Gefahr kann er sich nur dadurch schützen, daß er sich Seitens des Schuldners vor dem Erwerb bestimmte Erklärungen geben läßt.

23) Unten Bd. 2 § 19 im Text hinter Anm. 29. Ausdrücklicher Vorbehalt der Zinsendifferenz durch den Cedenten ist zwar zulässig; dieselbe behält aber die aus ihrer Natur als Zins sich ergebende Abhängigkeit vom Kapital. Vgl. oben Anm. 16 a. E.

24) L. R. I, 11 §§ 427.

25) E. E. Gesetz § 56. Vgl. L. R. I, 20 §§ 517—519. Die Bestimmung ist keine glückliche, da die Frage, ob die Cession „auf Veranlassung" des Schuldners geschah, leicht zweifelhaft sein kann. Nur wenn der Grundeigenthümer, z. B. wegen geschehener Aufkündigung, ein Mandat dahin gab, daß der Cessionar die Post erwerbe, liegt der Fall vor; dann aber folgt die Pflicht zur Tragung der Kosten aus allgemeinen

7. Die Abtretungserklärung des Gläubigers wird ersetzt durch dessen rechtskräftige Verurtheilung zu derselben,[26] ferner durch richterliche, auf Antrag des Gläubigers erfolgte, Ueberweisung einer gepfändeten Hypothek oder Grundschuld an Zahlungsstatt im Zwangsvollstreckungsverfahren.[27] In einigen Fällen vollzieht sich der Uebergang unmittelbar auf Grund des Gesetzes; beispielsweise zu Gunsten dessen, welcher einen Pfandgläubiger nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Pfandschuldners befriedigt.[28]

Zur vollständigen Wirksamkeit der Abtretung ist auch in solchen Fällen Aushändigung des Dokumentes an den Erwerber erforderlich.[29]

8. Streitig ist, wem die Hypothek gebührt, wenn der Gläubiger sie zuvörderst einen Cessionar ohne Aushändigung des Briefes ertheilt und hinterher einem andern Cessionar, welcher in gutem Glauben ist, unter Uebergabe des Briefes noch einmal veräußert.

Gegenüber der herrschenden Ansicht, nach welcher der Akt der Cession das Eigenthum der Hypothek auch ohne Aushändigung des Hypothekenbriefs überträgt, erscheint es wenig folgerecht, daß dem Erwerber durch die spätere Handlung seines Cedenten das Eigenthum wieder entzogen werden soll.

Dennoch giebt die Rechtsprechung dem gutgläubigen Cessionar, welchem der Hypothekenbrief eingehändigt wird, den Vorzug.[30] Und allerdings fordert dies die Sicherheit des Hypothekenverkehrs. Es liegt hierin im Grunde eine Anerkennung des Gedankens, daß die Post dem Cessionar vollständig erst übereignet ist, wenn er den Hypothekenbrief erhalten hat.

Grundsätzen. Daß im Fall des E. E. G. § 63 — unten § 337 bei Ziff. 3 — der Eigenthümer die Cessionskosten tragen muß, ist klar.

26) R. C. P. O. § 779.

27) Vgl. R. C. P. O. §§ 736 ff. 754 und unten Bd. 2 § 107 Anm. 8. Preuß. Ausführungs-Gesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 16: „Zu dem Antrage des Gläubigers auf Eintragung ist weder die Vermittelung des Prozeßgerichtes oder des Vollstreckungsgerichtes, noch die Beglaubigung erforderlich." Bei theilweiser Ueberweisung hat das Vollstreckungsgericht das Zweigdokument zu bilden, R. C. P. O. § 729. — Ueber die Zustellung des Pfändungsbeschlusses siehe R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1175.

28) Jus subintrandi et succedendi, Preuß. Konkursordnung § 11. — Nach L. R. II, 20 § 37 ist der Pfandgläubiger schuldig, Jedem, der ein dingliches Recht auf die Sache hat, ingleichen dem, welcher für die Schuld Bürgschaft geleistet hat, gegen vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten. In diesem Nachklang des römischen jus offerendi et succedendi liegt aber nur ein aus dem Gesetze entspringender Anspruch auf Cession, keine gesetzliche Uebereignung.

29) Oben bei Anm. 5. Ueber den Cessionsanspruch dessen, der eine fremde Schuld zahlte, siehe unten Bd. 2 § 94.

30) Entsch. des O. Trib. Bd. 4 S. 71, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 111, Bd. 27 S. 917.

9. Ueber die der Abtretung verwandte Lehre der Verpfändung der Hypotheken und Grundschulden kann erst später bei der Verpfändung von Forderungen gehandelt werden.[31]

§ 326. Blankoabtretung der Grundschuld.[1]

1. „Grundschulden können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden — Blankoabtretung.“ Danach können Grundschuldbriefe mit offener Cession in den Verkehr gesetzt werden. Jeder Inhaber hat das Recht, die Blankoabtretung durch einen Namen auszufüllen, die Grundschuld auch ohne diese Ausfüllung abzutreten und die dingliche Klage anzustellen.

2. Ueber die Form der Blankoabtretung enthält das Gesetz keine Bestimmungen. Nach der Praxis kann sie bloß durch eine vollständige Erklärung der Abtretung erfolgen, so daß nur der Name des Cessionars offen gehalten wird. Hiernach genügt bloße Namensunterschrift des Cedenten nicht.[2] Die Blankoabtretung kann auf den Grundschuldbrief selbst gesetzt, oder daneben in einem besonderen Schriftstücke ausgestellt werden. Ersteres ist das Empfehlenswerthe, sofern rascher und bequemer Umlauf des Briefs in Aussicht genommen wird.[3] Damit der Inhaber des Briefes eintragungsfähig und zur Kapitaleinziehung legitimirt wird, bedarf es der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung der Unterschrift des Blankocedenten. An sich ist aber auch die Blancocession ohne eine solche Beglaubigung rechtsbeständig.

2. Die rechtliche Natur der Grundschuldbriefe mit offener Cession ist bestritten.[4]

---

31) Unten § 361.

1) Die Bestimmungen des Gesetzes über die Zulassung der Blankocession wurden angeregt durch das Vorbild des Mecklenburgischen Rechtes — vgl. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 239 — und des Kantons Zürich, wo die Hypothekenurkunden geradezu die Natur von Inhaberpapieren an sich tragen. Der Regierungsentwurf wollte allerdings nur dem Grundeigenthümer verstatten, auf seinen Namen lautende Grundschuldbriefe in blanco abzutreten, so daß nach einmaliger Ausfüllung des Blanketts die Abtretung nur noch in gewöhnlichem Wege möglich gewesen wäre. Auf Veranlassung der Kommission des Herrenhauses und nach den Beschlüssen dieses Hauses hat aber das E. E. Gesetz § 55 das Recht der Blankocession auf Grundschuldbriefe jeder Art ausgedehnt und jedem Gläubiger, sei er nun der ursprüngliche, oder ein Cessionar, das Recht zur Blankocession gegeben. Die Blankocession kann auch zum Zweck der Verpfändung geschehen; unten § 361.

2) R. G. Bd. 17 S. 118, bei Gruchot Bd. 27 S. 1038. Der Absicht des Gesetzes entspricht das wohl nicht. In der Namensunterschrift liegt nach der Anschauung des Verkehrs die Ermächtigung zur Ausfüllung der Cession. Die Worte des Gesetzes aber „ohne Nennung des Erwerbers“ sind hervorhebend, nicht ausschließend. Es hätte auch keinen Grund, von der Nothwendigkeit der Nennung des Cessionars abzusehen und die Nothwendigkeit der ausdrücklichen Hervorhebung des Cessionsgeschäftes festzuhalten. Vgl. auch d. W. O. Art. 12 über das verwandte Blankoindossament; unten Bd. 2 § 269.

3) Achilles zu § 55 S. 294; dagegen Bahlmann zu § 55 Anm. 5.

4) Eine besondere Bearbeitung ist von Strempel die Blankocession nach gemeinem Rechte 1893, welche auch preußisches Recht behandelt.

Nach richtiger Ansicht bilden sie Inhaberpapiere. Dies entspricht ihrer wirthschaftlichen Natur, denn sie gehen durch bloße Uebergabe von Hand zu Hand. Daß die Inhaberklausel ausdrücklich im Papier enthalten sei, ist zur Eigenschaft des Inhaberpapieres nicht erforderlich.[5] Behandelt man Grundschuldbriefe mit offener Cession als Inhaberpapiere, so hat dies den Vortheil, daß alle Rechtssätze, welche für Inhaberpapiere gelten, ohne weiteres auf derartige Grundschuldbriefe Anwendung finden. Zu diesen Sätzen gehört namentlich die Ausschließung der Vindikation gegenüber dem redlichen Erwerber.[6] Solche Ausschließung entspricht auch den Zwecken der Grundschuldbriefe mit offener Cession durchaus.

Ueberwiegend erklären sich freilich Schriftsteller und Jurisprudenz gegen die Unterordnung der Grundschuldbriefe mit Blankocession unter die Inhaberpapiere.[7] Solche, meint man, könne nur der Schuldner, nicht aber der Gläubiger schaffen. Warum dies aber durch das Gesetz nicht auch verstattet werden kann, ist nicht einzusehen.

Neuerdings hat man versucht, das Verhältniß so zu erklären, daß der erste Nehmer des Briefes Cessionar mit der Ermächtigung werde, eine andere Person als Gläubiger an seiner Stelle in das Cessionsgeschäft einzuschieben.[8] Dieses Recht der Substitution sei veräußerlich und vererblich. In allen Fällen würde aber das mittels der ersten Begebung in blanco abgeschlossene Cessionsgeschäft als Hauptcession aufrecht erhalten, die späteren Erwerber träten nur in diese Cession ein.

---

5) So Stobbe d. Pr. Recht Bd. 2 § 113 unter II No. 4 und Bd. 3 § 177 No. 4 Thöl Handelsrecht Bd. 2 § 213 No. 2 und Wechselrecht § 127. In gleicher Weise nimmt das O. Trib. Entsch. Bd. 29 S. 187 an, daß der Wechsel durch Blankoindossament zu einem Papiere auf den Inhaber werde. Die Motive der Regierungsvorlage über das Grundbuchrecht gehen allerdings von der entgegengesetzten Ansicht aus und meinen, indem sie die Inhabereigenschaft des in blanco abgetretenen Grundschuldbriefes verneinen, dieser trete hierdurch nur in die Kategorie der Urkunden, bei welchen dem Schuldner die Legitimationsprüfung erleichtert ist. Allein der Schuldner ist nicht bloß berechtigt, dem Besitzer des in blanco indossirten Briefes ohne Legitimationsprüfung zu zahlen, sondern auch verpflichtet. Der Zweck ist also nicht bloß, die Legitimationsprüfung überflüssig zu machen, sondern zugleich die Begebbarkeit des Briefes zu fördern. Nicht entgegen steht, daß nach der Kab. O. vom 17. Juni 1833 — unten Bd. 2 § 89 bei Ziff. 1 — die Ausgabe von Inhaberpapieren auf bestimmte Geldsummen an die königliche Genehmigung gebunden ist; denn es liegt ein besonderes und noch dazu späteres Gesetz vor, welches die Kreirung dieser besonderen Art von Inhaberpapieren der Privatautonomie anheimstellt.

6) H. G. B. Art. 307, vgl. oben § 188 im Text nach Anm. 16, Anm. 12.

7) Das R. O. H. G. Bd. 19 S. 389 und R. G. Bd. 4 S. 175 haben wenigstens den Mecklenburgischen in blanco cedirten Hypothekenbriefen die Eigenschaft als Inhaberpapiere abgesprochen.

8) So Strempel a. a. O. Vgl. unten Bd. 2 § 13 unten 2.

Wie aber, wenn der erste Nehmer des Blankogrundschuldbriefes das Vorhandensein von Einreden gegen die Post kannte, von welcher der spätere Erwerber des Briefes nichts wußte. Sollen ihm dann jene Einreden entgegenstehen, weil er in die Hauptcession eintritt? Das wird man nicht als zweckwidrig annehmen; damit aber fällt dieser Konstruktionsversuch.

3. In Bezug auf Kündigung des Kapitals, sowie Zahlung der Zinsen kommt für den Schuldner nur in Betracht, wer sich ihm gegenüber als Grundschuldgläubiger legitimirt hat. Der Schuldner zahlt also die Zinsen mit befreiender Wirkung dem Blankocedenten auch nach der Begebung des Briefes, bis ihm die Abtretung gehörig mitgetheilt ist, was entweder durch den Blankocedenten oder unter Vorlegung des Briefes durch den Blankocessionar geschehen kann.[9] Fortan ist der Schuldner berechtigt und verpflichtet, so lange an den Cessionar die fälligen Zinsen zu zahlen, bis sich ihm gegenüber in gehöriger Weise ein neuer Gläubiger ausweist.[10] [11]

§ 327. Die Zinsquittungsscheine bei Grundschulden.[1]

1. Dem Grundschuldbriefe sind auf Antrag vom Grundbuchrichter Zinsquittungsscheine beizugeben und zwar längstens auf je 5 Jahre, nach deren Ablauf neue Scheine verlangt werden können. Der Antrag wird vor Begebung des Grundschuldbriefes vom Grundeigenthümer gestellt, nachher von dem im Besitze des Briefes befindlichen Gläubiger.[2] Auf jedem Grundschuldbriefe ist zu vermerken, ob und für welche Zeit Zinsscheine ertheilt sind.[3]

---

9) Eine eingehende, wie ich annehme, überzeugende Widerlegung der s. g. Offertenscheine von Sohm Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 S. 70, wonach die Blankocessionsurkunde lediglich eine Offerte enthalten soll, giebt Strempel a. a. O. S. 20.

10) Es kommen auch hier die Bestimmungen von L. R. I, 11 § 413 ff. — unten § 325 Anm. 8 — zur Anwendung.

11) Berechtigt ist der Pfandschuldner, demjenigen, welchen er als seinen derzeitigen Gläubiger ansehen muß, auch erst künftig fällige Zinsen zu zahlen, in welchem Falle der nicht hiervon in Kenntniß gesetzte Nachfolger nur Rückgriff gegen seinen Vormann hat, also leicht gefährdet werden kann.

1) E. E. Gesetz § 39 Abs. 2 Satz 1. G. B. O. §§ 128. 95. 96. Vgl. insbesondere Achilles zu § 39. — Die Bestimmungen über die Zinsquittungsscheine sind erst in einem der letzten Stadien der Berathung des Gesetzes auf Antrag eines Nichtjuristen im Abgeordnetenhause angenommen worden und entbehren der Schärfe der juristischen Terminologie. Vgl. über die unklaren Anschauungen, von denen man bei Schaffung des Instituts ausging, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 222. Grundschulden mit Zinsscheinen sind sehr wenig in den Verkehr gekommen, vgl. Justizministerialblatt 1879 S. 125.

2) G. B. O. § 128 Absatz 3 bestimmt: „Nach Verbrauch der einzelnen Quittungsscheine ist der Inhaber des Grundschuldbriefes berechtigt, die Ertheilung eines neuen Zinsquittungsbogens nachzusuchen.“ Die Innehabung genügt also jedenfalls beim Blankogrundschuldbriefe. Ob auch bei einem Grundschuldbriefe auf Namen? Es ist dies nicht anzunehmen, da ein solcher Brief eben kein Papier au porteur sein soll, aus welchem der Inhaber als solcher Rechte herleiten kann.

3) G. B. O. § 128, vgl. Formular D und G zur Grundbuchordnung.

2. Diese Zinsscheine sind nicht bloße Beweisurkunden über die Befugniß zur Einziehung der Zinsen, sondern Inhaberpapiere,[4] da nach dem Gesetze „nur der Inhaber" des fälligen Scheines und zwar gegen Aushändigung desselben zur Empfangnahme der Zinsen berechtigt ist. Der Besitzer hat daher als solcher ein Klagerecht gegen den Realschuldner. Mit Vernichtung des Zinsscheines erlischt der in ihm bekundete Anspruch. Kraftloserklärung findet wegen verlorener Zinsquittungsscheine so wenig statt, wie wegen verlorener Zinskoupons von Staatspapieren.[5]

3. Durch die Verknüpfung mit dem Zinsschein erhält der Zinsenanspruch Unabhängigkeit von dem Stehenbleiben des Grundschuldkapitals. Der Realschuldner hat daher sämmtliche Zinsscheine auszulösen, auch wenn sie erst nach Löschung der Grundschuld fällig würden. Gleichwohl verliert der Anspruch nicht völlig den Charakter eines Zinses. Er unterliegt namentlich der kurzen vierjährigen Verjährung der Zinsen;[6] es laufen keine Verzugszinsen.[7] [8]

4. Welche Einreden sind gegen Zinsscheine zulässig? Dem Inhaber können natürlich solche Einreden entgegengestellt werden, welche dem Realschuldner aus dessen Person erwachsen sind, ferner diejenigen, welche sich aus offensichtlichen Mängeln des Zinsscheines selbst ergeben, oder dem Erwerber des Zinsscheines beim Erwerb bekannt waren. Dagegen unterliegt der Inhaber des Zinsscheines anderen Einreden aus der Person seiner Vorgänger nicht.[9]

Die Eigenschaft der Zinsscheine als Inhaberpapiere machte besondere Vorschriften für die Löschung der mit solchen Scheinen versehenen Grundschul-

---

4) G. B. O. § 39 Abs. 2 Satz 2, Achilles a. a. O.

5) Vgl. G. B. O. § 96 a. E. Es fragt sich, ob der Grundschuldgläubiger, welcher behauptet, daß ein Zinsschein verloren sei, die Befugniß hat, auf Hinterlegung der Zinssumme gegenüber dem Grundstückseigenthümer zu klagen. Hierfür war Bahlmann zu § 40 in seiner zweiten Auflage; er hat aber diese Auffassung später fallen lassen. Es ist in der That nicht zulässig, den Anspruch, welcher nach dem Gesetz an den Zinsschein geknüpft ist — Gesetz über den E. E. § 39 — auch gelegentlich ohne Schein anzuerkennen. Siehe Achilles zu § 39 S. 248.

6) G. B. O. § 96 Abs. 3. Unterbrechung dieser Verjährung ist nicht möglich.

7) L. R. I, 11 §§ 818. 821.

8) Vgl. unten Bd. 2 § 34 bei Anm. 8 und bei Ziff. 3. Zinsscheine sind in dem Sinne Zubehör der Grundschuld, daß der Erwerber eines Grundschuldbriefes im Zweifel ein Recht auf Auslieferung der Scheine über die künftig fälligen Zinsraten hat.

9) Nicht anwendbar ist also die Bestimmung des E. E. G. § 39 Abs. 1: „Gegen die dingliche Klage auf Rückstände von Zinsen ist die Einrede der Tilgung unbedingt zulässig." Dies trotzdem, daß die Bestimmung über die Zinsscheine sich unmittelbar anlehnt, ohne daß eine Ausnahme für sie gemacht wird. Die Beschränkung folgt aus der Inhabereigenschaft der Zinsscheine. Dem Erwerber eines Zinsscheines kann ferner sicher nichts schaden, wenn der Cedent einer Kompensationseinrede bei Geltendmachung des Zinsanspruches hätte unterliegen müssen.

den nöthig.[10] Sie kann nicht geschehen, ehe sämmtliche vom Grundbuchamte ausgefertigte Zinsscheine eingereicht werden, mit Ausnahme der länger als 4 Jahre fälligen, welche als verjährt gelten. Die Einreichung fehlender Zinsscheine kann durch Hinterlegung ihres Betrages ersetzt werden.

IV. Gegenstand. Inhalt des Rechtes.

§ 328. Gegenstand der Hypothek und der Grundschuld.

Gegenstand der Hypothek und der Grundschuld können sein Grundstücke und eingetragene Gerechtigkeiten, sowie ideelle Theile und endlich Revenüen beider.

1. Das Grundstück wird verpfändet in seinem Flächenumfang zur Zeit der Verpfändung.

a) Derselbe ist in der Regel unschwer festzustellen, wenn bereits in diesem Zeitpunkt auf dem Titel des Grundbuchblattes die Bestandtheile des Grundstücks nach den Steuerbüchern aufgeführt sind. Die hier angegebenen Flächen gelten dann — Irrthümer vorbehaltlich — als Pfandgegenstand, ohne daß zwischen Substanz und unbeweglichem Zubehör des Grundstückes ein Unterschied gemacht wird.

War aber zur Zeit der Verpfändung eine Zurückführung auf die Steuerbücher noch nicht erfolgt, so gilt als verpfändet nur, was bei der ersten Anlegung des Grundbuchblattes Bestandtheil des Grundstückes war, wenn es nicht zur Zeit der Eintragung der versicherten Forderung abgeschrieben war, oder der Gläubiger nicht nachweisbar dessen Abtrennung, z. B. durch Veräußerung oder Ersitzung, zur Zeit des Erwerbes der Hypothek oder Grundschuld, gekannt hatte. Es gründet sich dies auf die Anschauung, daß das Grundbuchblatt das Grundstück so wie es sich bei der ersten Anlegung des Blattes fand, bezeichnet, und zwar so lange, bis eine Aenderung nachgetragen ist. Jede andere Behandlung hätte dem Realkredit die sichere Grundlage entzogen.[1] Anders verhält es sich aber in diesem Falle mit unbeweglichen Pertinenzen, d. h. dem verpfändeten Gute durch dessen Eigenthümer erst im Laufe der Zeit zugefügten Grundstücken. Sie gelten als verpfändet nur, wenn sie, auch nur thatsächlich vom Verpfänder als Zubehör des verpfändeten Grundstückes zur Zeit der Verpfändung behandelt wurden[2] und ferner, wenn sie dem Grundstück zur Zeit der Pfandbestellung

10) Vgl. G. B. O. §§ 95. 96. Näheres siehe bei Dernburg Pr. Hyp. R. S. 317.

1) Präj. des O. Trib. n. 2616, Entsch. Bd. 30 S. 1. Striethorst Archiv Bd. 9 S. 51, Bd. 11 S. 352, Bd. 16 S. 306.

2) Entsch. des O. Trib. Bd. 5 S. 2 ff. Wie aber sind unbewegliche Pertinenzen praktisch von Bestandtheilen zu unterscheiden? Die Frage ist eine historische. Im Zweifel wird man die Substanzeigenschaft dessen zu vermuthen haben, was jetzt oder

zugeschrieben waren, auch wenn sie bereits vom Grundstückseigenthümer nicht mehr als Pertinenz behandelt sein sollten.[3]

b) Unbewegliche Pertinenzstücke, welche nach Eintragung des Pfandrechtes dem verpfändeten Theile beigefügt werden, haften nach älterem Rechte dem Gläubiger nicht.[4] Dagegen bestimmt das jetzige Grundbuchrecht, daß Grundstücke, welche nach seinem Inkrafttreten durch Zuschreibung mit einem verpfändeten Grundstücke vereinigt werden, in dessen Pfandverbindlichkeiten eintreten.[5] Damit sollte die Uebersichtlichkeit des Grundbuchs gefördert, sowie das Verfahren im Falle der Zwangsvollstreckung vereinfacht werden.[6]

Die Vorschrift bezieht sich aber nicht auf den Fall, daß mehrere Grundstücke unter Bewahrung ihrer rechtlichen Selbständigkeit auf einem Blatte des Grundbuches zusammen geschrieben wurden.[7]

2. Auch der ideelle Theil eines Grundstückes oder einer Gerechtigkeit kann Gegenstand einer Hypothek oder einer Grundschuld werden.[8]

Im Sinne der Specialität läge es, daß ihrem Umfang nach noch unbestimmte, erst künftig zu ermittelnde ideelle Antheile noch nicht verpfändbar wären. Allein das Gesetz fordert eine der Belastung vorgehende

---

früher bis hinauf in die erste Anlegungszeit des Grundbuchblattes mit dem Gute besessen wurde, ohne ein eigenes Grundbuchblatt zu haben, vgl. unten § 329 Anm. 6. — Gegen die verschiedene Behandlung von Pertinenzen und Substanztheilen spricht sich aus Kretschmann bei Gruchot Bd. 4 S. 1 ff.

3) Vgl. R. G. im Justiz-Min.-Blatte 1891 S. 12. Anscheinend ist das ältere System über Bord geworfen durch § 30 Abs. 7 des E. E. Gesetzes. Denn hiernach sollen dem Gläubiger nur verpfändet sein „die zugeschriebenen unbeweglichen Zubehörstücke (Pertinenzien) und Gerechtigkeiten.“ Motive sind „daß sich der Unterschied zwischen Substanztheilen und Pertinenzen bei dem Vorhandensein eines Grundbuches, welches die Pertinenzen so gut nachweisen soll, wie die Bestandtheile, nicht aufrecht erhalten lasse, und daß Alles haften soll, was im Buche zur Zeit der Eintragung der Hypothek als Zubehör des Grundstückes vermerkt ist.“ Dies ist schön und richtig, im Falle das Grundstück durch Verweisung auf die Steuerbücher bereits festgestellt ist. Wie aber, wenn dies noch nicht geschah, das Grundstück vielmehr noch mit einem allgemeinen Namen bezeichnet im Hypothekenbuche steht? Sollen hier seit Alters her zugehörige, zur Zeit der Verpfändung, ja der Zwangsversteigerung mitbesessene und mitbewirthschaftete unbewegliche Pertinenzstücke, welche aber nicht zugeschrieben sind, nicht verpfändet sein? E. E. Ges. § 30 ist für diesen Fall, an den man nach jenen Motiven nicht gedacht hat, nicht bestimmt. Vgl. R. G. Bd. 27 S. 245, R. G. im Just. Min. Bl. 1891 S. 112.

4) L. R. I, 20 § 454 faßte dies so: „Unbewegliche Pertinenzstücke, welche nach der Eintragung aus fremdem Eigenthum dem Hauptgute beigefügt wurden,“ haften dem Gläubiger nicht. Diese wenig geschickte Fassung veranlaßte die Streitfrage, ob Grundstücke, welche der Verpfänder nach der Eintragung aus seinem Eigenthum zuschlug, mitverpfändet seien, was jedoch das Obertribunal verneinte, Entsch. Bd. 45 S. 166. Den Gegensatz sollten natürliche Erweiterungen, z. B. Anschwemmungen, bilden.

5) E. E. Gesetz § 32. Vgl. oben § 192 a. E.

6) Daß die willkürliche, den Gläubiger ohne rechtlichen Grund begünstigende Bestimmung auch unzweckmäßig ist, darüber vgl. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 146.

7) Vgl. oben § 195 Anm. 4.

8) E. E. Gesetz §§ 21. 43 Abs. 2. Vgl. L. R. I, 17 §§ 4. 60 ff. 69 ff.

Specialisirung des Antheils nicht ausdrücklich und auch die Praxis verlangt sie nicht.[9] Wichtig ist dies namentlich, wenn die Theilhaberschaft sich auf ein das Grundstück mitumfassendes Vermögen bezieht, wie z. B. bei der Gemeinschaft der Miterben.[10] Erst die Auseinandersetzung bestimmt dann den Pfandgegenstand. Somit wird das Pfandrecht gegenstandslos, wenn sie ergiebt, daß auf den Verpfänder in Folge von Gegenansprüchen nichts entfällt; je nachdem sie dem Verpfänder mehr oder weniger zuweist, wächst oder mindert sich der Umfang des Pfandrechtes.

3. Eine besondere Art der Hypotheken bilden die s. g. Revenüenhypothek, deren Gegenstand nicht die Substanz des Grundstückes, sondern das dem Eigenthümer an demselben zustehende Nutzungsrecht ist. Diese Form der Verpfändung ist besonders häufig und unentbehrlich bei Lehen,[11] Fideikommissen[12] und solchen Grundstücken, deren Substanz der Eigenthümer in Folge besonderer Verfügungsbeschränkungen nicht verschulden kann. Sie wird bei nichtgebundenem Grundbesitz seltener sein, ist aber auch hier nicht ungültig.[13] Man kann sie z. B. wählen, wenn ein zu verpfändendes Grundstück einem Fideikommiß zugeschlagen und mit ihm verpfändet werden soll. Es ist auch vorgekommen, daß Revenüenhypotheken eingetragen wurden in Fällen, in denen ein Grundstück irrthümlich für Lehen oder Fideikommiß gehalten wurde.[14] Es wäre verkehrt, sie in solchen Fällen nicht für gültig zu erachten.

Das Landrecht unterstellte eine Revenüenhypothek, falls durch den Pfandvertrag ausbedungen war, daß dem Gläubiger das Recht zur Veräußerung der Pfandsache nicht zustehen sollte.[15] Dies ist weggefallen; das jetzige Grundbuchrecht erklärt vielmehr Verträge für nichtig, welche dem hypothekarischen Gläubiger die Pfandveräußerung entziehen.[16] Die Gesetze vom 5. Mai 1872 erwähnen die Revenüenhypotheken nicht. Aus diesem Schweigen kann aber nicht geschlossen werden, daß dieselben — etwa abgesehen von Lehen und

---

9) Achilles zu § 21 des Gesetzes über den E. E. sprach sich für die Nothwendigkeit vorgängiger Specialisirung der Antheile aus; die entgegengesetzte Ansicht ist aber die herrschende geblieben; insbesondere bestimmt zu derselben, daß sonst das Antheilsrecht des Erben der Eintragung seiner Urtheilsgläubiger entzogen wäre. Vgl. Entsch. des O. T. Bd. 80 S. 76. Dernburg und Hinrichs Pr. H. R. Bd. 1 S. 333.

10) Entscheidungen des O. Trib. Bd. 7 S. 270. Vgl. auch unten Bd. 3 § 239 bei Anm. 15 und § 241 bei Anm. 12.

11) L. R. I, 18 § 228. II, 4 § 80 ff.

12) L. R. I, 18 § 325, II, 4 § 80, A. G. O. I, 50 § 567.

13) Die allgemeine Zulässigkeit der Revenüenhypotheken vertheidigte namentlich Göschel in der Zeitschrift von Simon und Strampff Bd. 1 S. 309, sowie Bornemann 2te Auflage Bd. 4 S. 216. Dies wurde gemeine Meinung; ihr trat das O. Trib. Ensch. Bd. 11 S. 316 bei, nicht weniger das Justizministerium, Justiz-Min.-Bl. 1840 S. 3.

14) Entsch. des Ob. Trib. Bd. 11 S. 316.

15) L. R. I, 20 §§ 26. 27. 225.

16) Gesetz über den E. E. § 45.

Fideikommissen — unzulässig geworden wären, sondern nur, daß am alten Recht in dieser Hinsicht nichts geändert ist.[17]

4. Wie nach römischem, haftet auch nach preußischem Rechte der Pfandgegenstand mit allen seinen Bestandtheilen für jeden Theil der Forderung des Gläubigers, bis zu dessen vollständiger Befriedigung — s. g. Untheilbarkeit des Pfandrechtes.

§ 329. Zubehör der Verpfändung.

Die Hypothek und die Grundschuld ergreift außer dem Grundstück einen größeren Kreis von Sachen und Ansprüchen, welche nach der Anschauung des Verkehrs mit dem Grundstück eine wirthschaftliche Einheit — eine Sachgesammtheit — bilden.[1] Bei verpfändeten Gerechtigkeiten gilt Entsprechendes.

Jene Gegenstände sind jedoch zum Theil nicht dazu bestimmt, dem Grundstücke dauernd anzugehören. Sie unterliegen vielmehr nach ihren Zwecken und den Verkehrsverhältnissen dem Wechsel, der Veränderung und der Erneuerung. Daher hat der Grundeigenthümer über sie, trotzdem sie gesetzlich mitverpfändet sind, freie Verfügung, so daß sie aus der Pfandhaftung treten können. Dies ändert sich erst im Fall der Gefährdung des Gläubigers mit der Beschlagnahme. Beschlagnahme ist gerichtliches Verbot der Veräußerung und des Abhandenbringens der beschlagnahmten Gegenstände. Sie bildet also eine arrestatorische Maßregel. In der Lehre des Pfandrechtes hat sie die besondere Bedeutung, daß sie Gegenstände der gedachten Art in den Zustand versetzt, daß sie dem Rechte des Gläubigers durch Verfügungen des Schuldners nicht mehr entzogen werden dürfen. Die Beschlagnahme kann durch richterliche einstweilige Verfügung angeordnet werden. Sie knüpft sich außerdem gesetzlich an die Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstückes, ferner an eine im Wege der Mobiliarexekution erfolgte Pfändung der bezüglichen beweglichen Gegenstände für den Gläubiger.

1. Zum Grundstücke gehören vor Allem natürliche An- und Zuwüchse,[2] welche dasselbe vor oder nach Eintragung des Pfandrechtes ver-

17) So auch R. G. Bd. 13 S. 240, Kam. Ger. Bd. 6 S. 118 vgl. auch Bd. 9 S. 112. Die Motive der Entwürfe zum E. E. G. § 45 bemerken, die Revenüenhypotheken seien bei Lehen und Fideikommißgütern selbstverständlich zulässig. Im Uebrigen seien sie „nicht aufgenommen", da ein praktisches Bedürfniß für sie nicht bestehe. Durch diese Bemerkung sind sie aber nicht aufgehoben, vgl. oben § 192 bei Ziff. 1. Dennoch lehren die meisten Schriftsteller das Gegentheil, vgl. Turnau G. B. O. Bd. 1 zu § 45 des E. E. G., siehe jedoch auch Küntzel bei Johow Jahrbuch der Entsch. d. Pr. R. G. Bd. 5 S. 269. Eccius bei Gruchot Bd. 28 S. 1 ff. hält Revenüenhypotheken grundsätzlich — auch nach älterem Rechte — für unzulässig.

1) E. E. Gesetz §§ 30. 31. Meyländer Recht der Hypothekengläubiger nach §§ 30 und 31 bei Gruchot Bd. 19 S. 668 ff., siehe auch oben § 60.

2) Durch L. R. I, 20 § 470 wurden dem Hypothekenrechte unterworfen „An- und Zuwüchse, sie mögen durch Natur oder die Handlung eines Menschen entstehen."

größern und verbessern. Daher sind mitverhaftet Anlandungen, bei denen man aber kaum unterscheiden wird, ob sie in Folge künstlicher Veranstaltungen oder ohne solche durch Naturereignisse dem Grundstück hinzutraten. Ferner sind mitverpfändet Gewächse, insbesondere Bäume, wenn sie zufälligerweise auf dem Pfandgrundstücke erwuchsen; Anpflanzungen durch Menschenhand fallen an sich nicht unter die natürlichen Zuwüchse. Doch müssen sie — nach Analogie der Gebäude — dann als mitverpfändet gelten, wenn sie dem Grundeigenthümer zufallen, während andere, z. B. die von einem Pächter gepflanzten und ihm zugehörigen Gewächse, dem Pfandgläubiger des Grundstückes nicht verpfändet sind.

2. Des Weiteren erstreckt sich das Pfandrecht auf die Gebäude des Grundstückes, mögen sie bereits im Augenblick der Verpfändung bestanden haben, oder erst nachträglich errichtet sein. Jedoch gilt dies nur für Gebäude, welche dem Grundeigenthümer gehören, entweder zur Zeit der Verpfändung, oder doch der Einleitung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück.[3] Nicht verpfändet sind daher durch einen Dritten z. B. in Folge einer Pacht oder eines anderen Nutzungsrechtes errichtete Gebäude,[4] die von diesem also weggenommen werden können. Zweifel erheben sich, falls der Käufer, welchem das Grundstück zwar übergeben, nicht aber aufgelassen wurde, ein Gebäude auf demselben errichtet hat. Da der Käufer nach jetzigem Rechte durch die Uebergabe zwar Besitzer, aber vor der Auflassung nicht Eigenthümer wird, so tritt das Gebäude nicht in die Pfandverhaftung.[5]

3. Die Verpfändung ergreift auch die an das Grundstück geknüpften subjektiv dinglichen Rechte nach ihrem Bestand zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechtes.[6]

Vgl. L. R. I, 9 § 222. Das E. E. Gesetz spricht § 30 Abs. 4 nur von „natürlichen An- und Zuwüchsen.“ Es ist dies, wie der Text ergiebt, zu eng. Ein Unterschied vom früheren Rechte war in dieser Hinsicht gewiß nicht beabsichtigt.

3) E. E. Gesetz § 30 Abs. 3. Die Bestimmungen des L. R. I, 20 § 472 ff., nach welchen der Boden ohne das Gebäude verpfändet werden konnte, sind nicht praktisch und aufgehoben, vgl. Johow Bd. 8 S. 226 Entsch. d. Pr. A. Ger. Ueber die Baumaterialien des zerstörten verpfändeten Gebäudes vgl. oben § 187 Anm. 4 und Küntzel bei Gruchot Bd. 28 S. 285. — Vgl. Eccius Bd. 3 § 199 Anm. 13a.

4) Nach römischem Rechte fiel das Gebäude, welches auf dem Pfandgrundstücke errichtet war, nach Rechtsnothwendigkeit in die Pfandhaftung, ohne daß zu unterscheiden war, wer der Erbauer war.

5) Ob der solcher Gestalt Berechtigte — Pächter, Superficiar, dritter Besitzer — im Fall der Zwangsversteigerung des Grundstückes dem Aufgebote nach Zwangsvollstreckungsgesetz § 40 Ziff. 9 unterliegt, ist zweifelhaft, aber doch wohl zu bejahen, vgl. unten § 350. Eccius Bd. 3 § 199 Anm. 12c.

6) In diesem Sinne hat das O. Trib. im Plenarbeschluß vom 29. April 1839, Entsch. Bd. 5 S. 1 ff., die einem Gute zugehörigen bäuerlichen Abgaben den unbeweglichen „Pertinenzen“ gleichgestellt und nicht als „Substanz“ erachtet, vgl. oben § 328 Anm. 2. — Darauf kann es nicht ankommen, ob die bezüglichen Rechte, wie § 30

Ob und inwieweit derartige Rechte nach der Verpfändung auch ohne Zustimmung des Pfandgläubigers bis zur Beschlagnahme verändert, umgestaltet oder aufgehoben werden können, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Für die Regel wird man dies für zulässig erachten müssen; so namentlich bei Grundgerechtigkeiten, und diesen verwandten aus dem Nachbarrecht folgenden Rechten.[7] Bezüglich mancher Reallasten aber ist die Befugniß der Realgläubiger eine festere, sie sind daher bei der Ablösung zuzuziehen und ihre Interessen werden bezüglich der Abfindungen Seitens der Behörden von Amtswegen gewahrt.

4. Auch das bewegliche Zubehör des Grundstückes ist mit demselben verpfändet, soweit es dem Grundeigenthümer gehört. Dasselbe wird hierbei als Sachgesammtheit behandelt. Daher fällt vom Grundeigenthümer — sei dies der Verpfänder selbst oder ein allgemeiner oder Sondernachfolger desselben — für das Grundstück Angeschafftes in die Pfandhaftung, und es hört auf, verpfändet zu sein, was die Eigenschaft als Zubehör verliert. Dies gilt insbesondere für an Dritte veräußerte Zubehörstücke.[8] Indessen ist zur Abschneidung von Simulationen und zu mehrerer Sicherung des Gläubigers für das Austreten aus dem Pfandrecht außer der Veräußerung erforderlich, daß das abveräußerte Zubehör auch räumlich vom Grundstück vor der Beschlagnahme getrennt wurde.[9] Bis dahin ist Uebergabe von Zubehörstücken, welche auf dem Grundstück verbleiben, mag sie nun symbolische oder eigentliche sein, dem Pfandgläubiger unschädlich.

Nachdem die Beschlagnahme des Grundstückes erfolgt ist, hebt eine spätere Veräußerung oder Wegbringung beweglicher Zubehörstücke das an ihnen haftende Pfandrecht in der Regel nicht mehr auf.[10]

Abs. 7 des E. E. G. besagt, „zugeschrieben" sind, da sie auch ohne Zuschreibung nothwendigerweise der Hauptsache folgen.

7) Oben § 221 a. E. Vgl. Dernburg und Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 190.

8) Vgl. L. R. I, 20 § 445. Es gilt dies für zwangsweise wie freiwillige Veräußerung R. G. Bd. 25 S. 21. Hingabe zum Faustpfand steht der Veräußerung nicht gleich, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 432, Eccius Bd. 3 § 199 Anm. 29. Anders bei Substanztheilen, vgl. über den Unterschied R. G. Bd. 26 S. 347.

9) So zuerst Plenarbeschluß des O. Trib. vom 10. Juli 1837, Entsch. Bd. 2 S. 383, im Anschluß an die Worte von L. R. I, 20 § 445, wonach bewegliche Pertinenzstücke durch „Trennung" von der Hauptsache die Pertinenzqualität verlieren sollen. Vgl. noch R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 744.

10) Die in Folge der Einleitung der Zwangsversteigerung des Grundstückes erfolgte Beschlagnahme hat jedoch nur einen beschränkten Umfang, Zwangsvollstreckungsges. § 16 Abs. 2, unten § 347 Anm. 10. — Die Beschlagnahme des Grundstückes durch Hypothekarien hindert nicht bloß die Pfändung der zu ihm gehörenden Mobilien — Zwangsvollstreckungsgesetz § 206, — sondern steht auch einer bereits eingeleiteten Pfändung entgegen, sofern die verpfändeten Mobilien noch nicht veräußert und fortgeschafft sind. R. C. P. O. § 690 ist anzuwenden. Vgl. Gruchot Bd. 33 S. 915. — Entsprechend verhält es sich mit der Pfändung der Früchte.

5. Mit dem Grundstück sind ferner dessen Früchte verpfändet,[11] denn aus ihnen vorzugsweise sollen die Hypothekenzinsen, und womöglich auch das Kapital gedeckt werden.

Daher tritt diese Mitverhaftung, als dem Wesen des Verhältnisses entsprechend, von Rechtswegen ein und ist keineswegs, wie in Rom,[12] auf einen stillschweigenden Vertrag mit dem Verpfänder zurückzuführen.

Und zwar sind verpfändet „die stehenden und hängenden Früchte" des Grundstücks,[13] sofern sie nicht Nutzungsberechtigten zufallen, welche ein vorgehendes Anrecht auf sie haben.

Noch stehende und hängende Früchte sind keine Gegenstände des regelmäßigen Verkehrs. Sie treten daher durch Veräußerung nicht aus der Pfandhaftung. Wurden sie aber veräußert und trennt sie der Käufer vor einer Beschlagnahme vom Boden, so werden sie richtiger Ansicht nach damit pfandfrei, wie wenn sie zur Zeit der Veräußerung bereits getrennt gewesen wären.[14]

Es sind weiter verpfändet, die auf dem Grundstück „noch" — also zur Zeit der Beschlagnahme — vorhandenen Früchte.[15]

Die Früchte werden aber pfandfrei

a) wenn sie getrennt und vom Pfandschuldner veräußert — übergeben — wurden,[16] selbst wenn sie noch auf dem Grundstück lagern, auf dem sie entstanden, nicht minder dann

b) wenn sie von diesem Grundstück entfernt wurden, selbst wenn sie vom Pfandschuldner noch nicht veräußert sind, und selbst wenn sie ohne seinen

---

11) Johow von den Rechten des Pfandgläubigers an den Früchten der verpfändeten Sache in Behrends Zeitschrift Bd. 5 S. 313 ff. Heidenfeld bei Gruchot Bd. 27 S. 588.

12) l. 3 C. in q. c. h. t. c. 8, 15. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 440.

13) E. E. Ges. § 30 Abs. 4. Dies also auch dann, wenn sie nicht Zubehör des Grundstücks nach L. R. I, 2 § 49 sind.

14) R. G. Bd. 5 S. 243 nimmt an, daß Früchte, die auf dem Halm veräußert wurden, auch dann dem Gläubiger hafteten, wenn sie vor der Beschlagnahme abgesondert waren. Vgl. hiergegen Oppenheim bei Gruchot Bd. 26 S. 769. Eccius Bd. 3 § 199 Anm. 17.

15) Vgl. E. E. G. § 30 Abs. 5. Ist bei einem Bergwerk die Förderung, also das bereits gewonnene Mineral, wie die Frucht, so lange es unveräußert auf dem Bergwerk lagert, dem Pfandrecht am Bergwerk unterworfen? Die Frage hat das O. A. G. zu Berlin für Nassau verneint bei Seuffert Archiv Bd. 27 n. 211. Jene Förderung ist nicht Substanztheil, denn die Substanz des Bergwerkes ist das Gewinnungsrecht, sie ist auch nicht Frucht im eigentlichen Sinne. Namentlich verwirft das Gesetz diese Eigenschaft bei verliehenen Bergwerken bezüglich des Nießbrauches. Aber die Analogie der Frucht spricht für die Mitverhaftung der unveräußert auf dem Bergwerk liegenden Förderung. Vgl. oben § 281 Anm. 21.

16) Sind die Zinsen des zur Zeit der Entstehung der Hypothek laufenden Quartals mitverpfändet? Vgl. Dernburg Preuß. Hyp. Recht S. 155. R. G. im Justizministerial-Bl. 1881 S. 188.

Willen weggeschafft wurden, auch wenn sie auf einem dem Pfandschuldner gleichfalls gehörenden, und selbst einem mitverpfändeten, Grundstück lagern.

6. Dem Pfandgläubiger haften ferner die nach der Pfandbestellung fällig werdenden Mieth- und Pachtzinsen und „sonstigen Hebungen", z. B. die aus einem subjektiv dinglichen Rechte fälligen Renten.[17] Auch dies Recht wird erst durch die Beschlagnahme befestigt.[18] [19] Bis zur Beschlagnahme kann der Miether und Pächter Mieth- und Pachtzinsen dem Grundeigenthümer oder dessen Cessionar mit der Wirkung vollständiger Befreiung von der Verpflichtung zahlen.

Jedoch ist Vorauserhebung künftiger Mieth- und Pachtzinsen durch den Vermiether oder Verpächter, wie auch deren Abtretung und Verpfändung an Dritte auf mehr als ein Vierteljahr kraftlos, soweit solches zum Nachtheil der Pfandgläubiger gereicht.[20] [21] Es gilt dies auch zu Gunsten solcher Gläubiger, welche erst nach der Vermiethung oder Verpachtung des Grundstückes in das Grundbuch eingetragen wurden.

7. Die öffentlichen Feuersocietäten legen statutarisch in öffentlichem Interesse meist den Versicherten die Pflicht zur Wiederherstellung der durch Feuer beschädigten Grundstücke aus den Versicherungsgeldern auf. Dies kommt auch den Pfandgläubigern des Grundstücks zu Gute.[22]

Dagegen betrachtete die frühere Jurisprudenz Versicherungsverträge der privaten Assekuranzgesellschaften mit den Grundeigenthümern bloß als ein

17) E. E. Gesetz § 30 Abs. 6. U. A. die s. g. Rayonrenten, oben § 217. Zu den „Hebungen" im Sinne des Gesetzes ist der Erlös aus dem Betrieb einer auf dem Pfandgrundstück betriebenen Fabrik nicht zu rechnen. R. G. Bd. 2 S. 244.

18) Vgl. R. G. Bd. 23 S. 56. Jeder Pfandgläubiger kann solche Beschlagnahme mittelst einstweiliger gerichtlicher Verfügung oder Zwangsvollstreckung beantragen. Zur Einklagung der Miethzinsen für eigene Rechnung bedarf es einer Ueberweisung. Heidenfeld die Pfändung und Ueberweisung der Pacht- und Miethzinsen bei Gruchot Bd. 26 S. 489, vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 1123.

19) Der § 206 Abs. 2 des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883, wonach jeder Realberechtigte derjenigen Zwangsvollstreckung in bewegliche Theile oder Zubehörungen des ihm verhafteten Grundstückes widersprechen kann, bei welcher dieselben als Bestandtheile des beweglichen Vermögens behandelt werden — bezieht sich auch auf Pacht- und Miethzinsen. Eccius § 194 Anm. 37a behauptet zwar, dies entbehre jeder Begründung. Aber die Pacht- und Miethzinsen sind Zubehör des Pfandgrundstückes im Sinne des Hypothekenrechtes. Der Hypothekengläubiger rechnet auf Befriedigung seiner Hypothekenzinsen aus den Mieth- und Pachtzinsen. Er würde arg geschädigt, wenn ihm das Recht nicht verstattete, gegen den persönlichen Gläubiger des Pfandschuldners, welcher für eine vollstreckbare Forderung die Mieth- und Pachtzinsen pfändet, sie ihm also entzieht, Einsprache zu thun. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 150. Vgl. auch Rothenberg bei Gruchot Bd. 35 S. 327.

20) E. E. Gesetz § 31 nach L. R. I, 20 § 477 ff.

21) Der Gläubiger hat nicht besonders nachzuweisen, daß er wegen Verringerung der Immobiliarmasse einen Ausfall erleidet; es genügt, daß ihm das bereite Befriedigungsmittel entzogen wird, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1073, Eccius Bd. 3 § 199 Anm. 22a.

22) Vgl. das Nähere bei Dernburg Pr. Hyp. R. S. 157.

obligatorisches Verhältniß zwischen Versicherer und Versichertem. Die Hypothekengläubiger galten daher nicht berechtigt, die Feuerversicherungsgelder für sich in Anspruch zu nehmen.[23]

Das E. E. Gesetz aber bestimmt ausdrücklich, daß sich das Pfandrecht an einem Grundstücke auch erstrecke auf die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder für Früchte, bewegliches Zubehör und abgebrannte oder durch Brand beschädigte Gebäude, wenn diese Gelder nicht statutenmäßig zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen oder verwendet worden sind.[24]

Damit sollte nicht etwa dem Versicherer die Möglichkeit entzogen werden, dem Versicherten oder dessen Bevollmächtigten die Versicherungsgelder auszuzahlen, bevor die Einwilligung sämmtlicher, vielleicht ihrer Person nach unbekannter Realgläubiger, erfolgt ist. Denn hieraus würden namentlich bei geringeren Brandschäden unverhältnißmäßige Weitläufigkeiten entstehen, welche das Gesetz nicht gewollt haben kann. Daß der Versicherer von Früchten und beweglichem Zubehör die Versicherungssumme ohne Zustimmung der Gläubiger an den Versicherten zahlen darf, folgt schon daraus, daß der Versicherte auch über diese Gegenstände bis zu deren Beschlagnahme ungehindert verfügen darf.

Der Pfandgläubiger muß vielmehr seinen Anspruch auf die Versicherungsgelder durch Beschlagnahme wahren.[25] Bis dahin ist der Versicherer berechtigt und verpflichtet, die Versicherungssumme vertragsgemäß dem Versicherten auszuzahlen.[26] [27] Abtretung und Verpfändung der Versicherungsgelder ist dagegen ohne die Einwilligung der eingetragenen Gläubiger schlechthin unwirksam, soweit sie ihnen zum Nachtheil gereicht. Daher kann sich auch der Versicherer auf diese Rechtsunwirksamkeit berufen.[28]

Vollständiger als durch das Gesetz ist der Hypothekar dann gesichert, wenn er selbst sein Interesse an der Unversehrtheit der Pfandsache ver-

---

23) Die ältere Praxis war namentlich durch den Plenarbeschluß des O. Trib., Entsch. Bd. 27 S. 1 ff. geleitet worden. — Gemeinrechtlich streitet man; siehe Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 565 ff., Windscheid Pand. Bd. 1 § 248 Anm. 9. Hartmann in Iherings Jahrbuch Bd. 20 S. 80.

24) E. E. Gesetz § 30 letzter Absatz. Das gilt auch für vor dem 1. Oktober 1872 eingetragenen Hypotheken. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 822.

25) Der Hypothekengläubiger hat auch dann kein Recht auf Theilnahme bei Feststellung des Feuerschadens, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1078.

26) So auch Achilles zu § 30, Meyländer a. a. O. S. 681, dagegen Bahlmann zu § 30.

27) Versicherungen bei ausländischen Versicherungsanstalten, welche sich den preußischen Gesetzen für inländische Versicherungen nicht unterworfen haben, unterliegen E. E. Ges. § 30 nicht.

28) E. E. Gesetz § 31. Der Umfang der Unwirksamkeit ist freilich bestritten, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 213, Bd. 82 S. 172.

sichert, oder dem Versicherungsvertrage beitritt. Auch die Mitverpfändung der Versicherungspolice des Grundeigenthümers giebt dem Pfandgläubiger eine weiter gehende Garantie.

§ 330. Gesammthypotheken und Gesammtgrundschulden.[1]

1. Sollen mehrere Grundstücke mit demselben Pfandrecht belastet werden, so stehen hierzu zwei Wege offen.

Der Grundeigenthümer kann das eine Grundstück dem Anderen als Zubehör zuschreiben lassen, beide hierdurch zu einer Einheit verbinden und als eine solche verpfänden.

Der Eigenthümer kann aber auch die mehreren Grundstücke in ihrer Selbständigkeit belassen und sie dennoch zusammen für eine und dieselbe Schuld verpfänden.[2] Ein solches Rechtsverhältniß ist sowohl dann möglich, wenn die mehreren Grundstücke verschiedene Grundbuchblätter haben, als auch dann, wenn sie auf demselben Blatte eingetragen sind, aber hierdurch nicht zu einer Einheit verbunden wurden.

Bei dem zersplitterten Grundbesitz in vielen Landestheilen sind Gesammtpfandrechte, trotz ihrer Schattenseiten, häufig. Denn der Schuldner muß in sie willigen, weil er andernfalls Kredit nicht erhielte. Seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 13. Juli 1883 über die Zwangsvollstreckung entstehen sie ferner als Zwangshypotheken. In Folge der Zertheilung eines verpfändeten Grundstückes endlich tritt Mangels anderer Vereinbarung gleichfalls ungetheilte Verhaftung der Theilgrundstücke ein, wenn nicht der besondere Fall einer Unschädlichkeitserklärung durch die Auseinandersetzungsbehörde vorliegt.

Bei Begründung eines Gesammtpfands hat der Richter die Mitverhaftung im Grundbuche, und zwar auf dem Blatt jedes mitverhafteten Grundstücks zu vermerken; bezüglich eines jeden Grundstücks ist zwar ein besonderer Brief auszufertigen, die Briefe sind aber mit einander äußerlich zu verbinden.[3]

Diese Maßregeln sind nothwendig, damit der Pfandschuldner nicht der Gefahr mehrfacher Zahlung ausgesetzt ist.

2. Das Gesammtpfandrecht darf auch nicht ein mehrfaches dadurch werden, daß das Recht an dem einen und das an dem anderen Grundstück einen verschiedenen Inhaber erhält. Insbesondere ist Cession an verschiedene Erwerber unzulässig, ebensowenig kann der Gläubiger das Pfandrecht an dem einen Grundstücke zurückbehalten und es an dem anderen einem Dritten abtreten. Jede derartige Cession wäre nichtig. Dagegen steht es dem Pfand-

---

1) Dernburg Preuß. Hyp. Recht S. 169.
2) E. E. Gesetz § 42. Vgl. Hyp. Ordn. Tit. II § 159 ff. L. R. I, 20 § 468.
3) G. B. O. §§ 78. 125.

gläubiger frei, auf das Pfandrecht an dem einen Grundstücke zu verzichten und dasselbe löschen zu lassen, während er sich das Recht an dem anderen Grundstücke vorbehält.[4] [5]

3. Jedes der mitverhafteten Grundstücke steht ungetheilt für die ganze Forderung ein. Daher kann der Pfandgläubiger seine Befriedigung beliebig aus dem einen oder dem anderen wie auch aus allen zugleich suchen. Er ist hierbei durch die Rücksicht auf nach- oder gleichstehende Pfandgläubiger nicht beschränkt.

4. Für den Fall der zwangsweisen Befriedigung aus einzelnen gesammtverhafteten Grundstücken, oder freiwilliger Zahlung durch einzelne von mehreren Eigenthümern gesammthaftender Grundstücke entsteht die Frage, ob eine Ausgleichung unter den Grundstücken einzutreten hat.

Wird solche Ausgleichung durch das Gesetz versagt, so nennen wir die Gesammtverpfändung „regreßlose", wird sie gewährt „gesellschaftliche".

Das ältere preußische Recht kannte solche Ausgleichung, die neuere Gesetzgebung hat ihr aber ein brüskes Ende gemacht.[6]

---

4) Vgl. E. E. Ges. § 42 L. R. I, 20 §§ 467 und 468. — l. 8 D. de d. p. 20, 5. l. 6 pr. D. de p. a. 13, 7. l. 51 § 3 D. de fidej. 46, 1. R. G. Bd. 3 S. 259 und bei Gruchot Bd. 35 S. 1022. Das R. G. Bd. 16 S. 165 nimmt an, das Recht zu verzichten, stehe auch bezüglich der Kaufgeldermasse zu, wenn eines der mitverhafteten Grundstücke subhastirt wurde. Vgl. aber Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 182.

5) Ueber die Prioritätscession an einem der mitverpfändeten Grundstücke durch den Gesammtpfandgläubiger vgl. R. G. Bd. 6 S. 308, Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 186.

6) Die regreßlose Korrealhypothek führt zu Härten und Mißständen. Man vergegenwärtige sich den einfachsten Fall. Auf zwei Grundstücken Nr. 1 und Nr. 2 ist Primus mit 5000 eingetragen; hinter ihm steht Sekundus auf Nr. 1 und Tertius auf Nr. 2, jeder mit 1000; jedes Grundstück erzielt in der Zwangsversteigerung 5000. Je nachdem sich hier Primus für seine Befriedigung aus dem einen oder dem anderen der Grundstücke erklärt, fällt Sekundus oder Tertius völlig aus. Das giebt eine von Vielen benutzte Handhabe zum „Marchandiren" und zur Ausbeutung der Lage. Vgl. auch Anm. 7 a. E. Die frühere preußische Jurisprudenz und ihr folgend der Art. 56 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 suchte die Ausgleichung mittels Vertheilung der Gesammtpfandforderung auf die mitverhafteten Grundstücke, jedoch unbeschadet des freien Bestimmungsrechtes des Gesammtpfandgläubigers. Wenn dieser nämlich aus dem einen der Grundstücke, also z. B. aus Nr. 1, ausschließlich seine Befriedigung entnahm, so sollten die auf dem Grundstück Nr. 1 nach ihm eingetragenen Gläubiger in die Rechte des Gesammtpfandgläubigers an dem Grundstück Nr. 2 in soweit eintreten, als sie im Falle verhältnißmäßiger Befriedigung des Korrealpfandrechtes aus allen sammtverhafteten Grundstücken erhalten hätten. Zu diesem Zweck sollte der Subhastationsrichter von Amtswegen einen Vermerk auf dem Grundbuchblatte der nicht in Anspruch genommenen mithaftenden Grundstücke zu Gunsten der auf dem subhastirten Grundstücke ganz oder theilweise ausgefallenen Gläubiger veranlassen. Das Grundstück Nr. 2 wurde also mit folgendem Vermerk beschwert: Nebenstehende 5000 Thaler sind zwar bei dem in nothwendiger Subhastation erfolgten Verkauf des Grundstückes Nr. 1 berichtigt, es ist aber der auf jenem Grundstücke nacheingetragene Gläubiger Sekundus ausgefallen und wird daher dessen Anspruch auf Befriedi-

Soweit daher der Gläubiger **aus** dem einen Grundstücke in Folge einer Zwangsvollstreckung **seine Befriedigung erhalten** hat, erlischt nunmehr das korreale Pfandrecht auf den mitverhafteten Grundstücken schlechthin. Der Subhastationsrichter hat deren Löschung von Amtswegen zu betreiben.[7 8]

gung an Stelle der nebenstehenden Post hier vermerkt. So sehr eine solche Ausgleichung der Billigkeit entsprach, so war die Ausführung doch wenig geschickt. Wie hoch sich der Anspruch der auf dem Grundstücke Nr. 1 ausgefallenen Gläubiger auf Befriedigung aus dem Grundstücke Nr. 2 belaufen werde, blieb zunächst unbestimmt, deshalb war es auch zweifelhaft, wie viele der auf dem Grundstücke Nr. 1 ausgefallenen Gläubiger an dem Vermerk betheiligt waren. Denn der eine Faktor zur Bestimmung der Höhe dieses Anspruches, nämlich der Betrag, welchen das Grundstück Nr. 2 zur Befriedigung der Korrealhypothek zuzuschießen hatte, war noch nicht festgestellt. Streng genommen ließ er sich erst ermitteln; wenn das früher mitverhaftete Grundstück Nr. 2 späterhin auch seinerseits zur Zwangsversteigerung kam. Es war nur ein Nothbehelf, daß die Praxis, im Falle jenes zweite Grundstück nicht subhastirt wurde, dessen durch Abschätzung zu ermittelnden Werth an die Stelle des Subhastationspreises setzte; dieser Abschätzungswerth ließ sich, falls die Betheiligten sich nicht selbst einigten, nur im Wege eines Prozesses feststellen. Die Gläubiger, zu deren Gunsten der Vermerk eingetragen war, konnten also häufig aus demselben keinen Vortheil ziehen, ebenso konnte der Besitzer des mit solchen Vermerken belasteten Grundstückes die Höhe der auf ihm lastenden Hypotheken nicht leicht anders als im Wege einer Prozeßführung zur Klarheit bringen. Dies veranlaßte die Konkursnovelle vom 12. März 1869, die besprochene Vertheilung völlig hinsichtlich solcher Korrealhypotheken zu beseitigen, welche erst nach dem 1. Juli 1869 bestellt wurden. Demgemäß ist die Korrealhypothek auf sämmtlichen mitverhafteten Grundstücken zu löschen, wenn der Gesammtpfandgläubiger auch nur aus dem Einen im Wege der Subhastation Befriedigung erhielt. Dagegen glaubte man diese radikale Beseitigung des bisherigen Rechtszustandes nicht auf die vor dem 1. Juli 1869 hinter einer Korrealhypothek eingetragenen Gläubiger ausdehnen zu können, damit keine Verkürzung bestehender Rechte durch das neue Gesetz eintrete. Jedoch sollte zur Ermittelung des Beitrages des mitverhafteten, aber nicht zur Subhastation gebrachten Grundstückes nicht mehr dessen Schätzungswerth, sondern die auf ihm lastende Grund- und Gebäudesteuer zur Grundlage genommen werden, womit die Klarstellung des Vermerkes wesentlich erleichtert wurde.

7) E. E. Gesetz § 42 Abs. 2. Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 56. Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 204. Der Gläubiger hat „aus" dem Grundstück seine Befriedigung im Fall der Zwangsversteigerung erhalten: a) wenn die Schuld aus den baaren Kaufgeldern abbezahlt ist; b) wenn sie der Ersteher mit Einwilligung des Gläubigers in Anrechnung auf den Kaufpreis freiwillig übernahm, Zwangsvollstreckungsgesetz § 125; c) wenn dem Gläubiger ein entsprechender Betrag des auf ihn entfallenden Kaufgelderrückstandes bei der Kaufgelderbelegung überwiesen wurde und wenn er nicht binnen sechs Monaten nach der Ueberweisung die Wiederversteigerung des Grundstückes gehörig beantragt und demnächst ohne Verzögerung durchführt, cit. Gesetz § 117 Abs. 2. Vgl. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 183. Dagegen bleiben Korrealhypotheken **unberührt**, die **innerhalb des geringsten Gebotes** standen und um deswillen vom Ersteher übernommen wurden.

8) Der auf die Motive zum E. E. G. § 42 gestützte Satz, daß jede Befriedigung durch den Eigenthümer eines der verhafteten Grundstücke als Befriedigung „aus dem Grundstücke" anzusehen sei, ist weder im Gesetz ausgesprochen noch aus inneren Gründen zu rechtfertigen. Es tritt vielmehr Succession des zahlenden Eigenthümers in die Gesammthypothek ein. Vgl. unten § 338 Anm. 12. So auch R. G. Bd. 3 S. 259. Dies giebt freilich dem klugen, skrupellosen und kapitalkräftigen Erwerber des einen Grundstücks bequeme Gelegenheit, auf Kosten der minder gut situirten Besitzer der mitverpfändeten Grundstücke sich zu bereichern, Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 84. Vgl. auch oben Anm. 6 z. A. und unten § 338 Ziff. 4 Abs. 2.

5. Werden die mehreren Grundstücke gleichzeitig zur Zwangsversteigerung gebracht, so kann der Gläubiger frei darüber entscheiden, ob er seine Befriedigung aus den Kaufgeldern des einen oder des anderen Grundstückes entnehmen will. Geschieht dies nicht, so muß ihn der Natur der Sache gemäß der Subhastationsrichter verhältnißmäßig aus dem Erlöse der zusammen verhafteten Grundstücke befriedigen. Hierbei wird zuvörderst der Betrag der Masse eines jeden der mitverhafteten Grundstücke festgestellt, dann durch Abrechnung der vorgehenden Posten ermittelt, welche Summe eine jede dem Gesammtpfandgläubiger zur Verfügung stellt, und nach Maßgabe der so gefundenen Beträge berechnet, wie viel verhältnißmäßig aus jeder der Massen zu seiner Befriedigung zu entnehmen ist.[9]

§ 331. Inhalt der Belastung.

1. Die Verhaftung des Pfandgrundstückes für die unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze vom eingetragenen Posten erstreckt sich auf das eingetragene Kapital,[1] ferner auf die eingetragenen Zinsen[2] und sonstigen eingetragenen Jahresleistungen, z. B. Amortisationsquoten, oder Beiträge zu den Verwaltungskosten der beleihenden Kreditanstalt, endlich auf die Kosten der Eintragung, der Kündigung, der Klage und der Beitreibung der versicherten Forderung. Die Kosten sind ohne Eintragung versichert.[3]

---

9) Gesetzlich ist dies nicht mehr vorgeschrieben, seit § 56 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 durch die Novelle vom 12. März 1869 umgeändert wurde. Allgemeine Grundsätze aber führen noch immer zu diesem Verfahren. Der § 112 des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 ist nicht hierher zu beziehen, daher für die hier erörterte Frage belanglos.

1) E. E. Gesetz § 30 Abs. 1.

2) Bei der Eintragung der Zinsen ist deren Höhe, und es sind die Zinszahlungszeiten zu bezeichnen. — Nach dem Rechte vor dem 1. Oktober 1872 bedurfte es einer besonderen Eintragung der vertragsmäßig zugebilligten, der s. g. „vorbedungenen" Zinsen nicht, L. R. I, 20 § 482, Entsch. des O. Trib. Bd. 1 S. 212, Striethorst Archiv Bd. 21 S. 14. Diesem Rechte unterstehen die älteren Einschreibungen auch jetzt noch. G. B. O. § 73 ist auf sie richtiger Ansicht nach nicht anwendbar, vgl. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 191.

3) L. R. I, 20 § 484 hatte ausdrückliche Eintragung zur Sicherung der Kosten gefordert. Da dieselbe aber natürlich nicht leicht unterblieb, so hat die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 die Verhaftung wegen der Kosten für die Zukunft als selbstverständlich unterstellt, wenn nichts Anderes verabredet war, so daß es der Eintragung wegen der Kosten der Kündigung, Ausklagung und Beitreibung nicht mehr bedürfen sollte. Zu den Kosten der Beitreibung sind auch die eines Mahnverfahrens, sowie einer Mahnung, ferner der Liquidation, d. h. der Betheiligung am Subhastationsverfahren zu rechnen, Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 144, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 198, nicht aber diejenigen der etwaigen persönlichen Klage, sofern sie für die Geltendmachung der Hypothek nichts Nothwendiges war. R. G. Bd. 1 S. 106 ff. Das Gesetz vom 5. Mai 1872 hat ohne ausreichende Gründe den Kosten der Beitreibung die Kosten der Eintragung zugefügt. Die Frage, welche Kosten mit dem Kapital anzusetzen sind, ist nach der Gesetzgebung zur Zeit der Eintragung zu beurtheilen.

Zwar steht es den Parteien zweifellos frei, diese Haftung auch auszuschließen oder zu beschränken, doch kommt dies nicht vor. Die Eintragung kann nicht allein zu Gunsten unbedingt versprochener Zinsen erfolgen, sondern auch für solche, deren Verfallen von künftigen Ereignissen, z. B. von dem Verzuge des Pfandschuldners, abhängig gemacht wurde.[4]

Die Pfandhaftung für Nebenansprüche erlischt mit deren Verjährung, bezüglich der vorbedungenen Zinsen also in 4 Jahren.[5 6]

2. Ist über den Ort der Rückzahlung von Hypotheken und Grundschulden in der Eintragung nichts vorgesehen, so wird bei Hypotheken Zahlungsort derjenige der persönlichen Schuld sein, also in erster Linie der Ort, welchen der Vertrag bestimmt, andernfalls derjenige, wo der Berechtigte zur Zeit des Vertragschlusses wohnte.[7] Bei Grundschulden ist der Wohnort des Eingetragenen zur Zeit ihrer Eintragung als Rückzahlungsort anzusehen, wenn aus dieser nichts Anderes erhellt.[8]

3. Die Eintragung von Hypotheken und Grundschulden stützt sich zunächst auf die Eintragungsbewilligung, in welcher alle wesentlichen Punkte der Eintragung zu bezeichnen sind.[9] Bei der Bewilligung bezieht man sich allerdings meist einfach auf den zu Grunde liegenden Schuldvertrag; sie kann aber auch selbständig gefaßt sein und hierbei vom Schuldvertrage abweichende Bestimmungen, z. B. über Zahlungsort, Kündigung, Zinsen treffen. Es fragt sich, ob solchen Falles das Schuldinstrument oder die Eintragungsbewilligung maßgebend ist?

Bei Bestellung einer Grundschuld ist die Eintragungsbewilligung allein entscheidend; auf den etwa zu Grunde liegenden Schuldvertrag kann man nur dann zurückgehen, wenn man nachweisen will und kann, daß die Abweichungen

---

4) Vgl. Entsch. des Kam. Ger. Bd. 1 S. 130. R. G. Bd. 2 S. 286 hat späteren Hypothekengläubigern gegenüber für nicht ausreichend erklärt die Eintragung eines Darlehns „nach den Bedingungen des Regulatives eines landwirthschaftlichen Kreditinstitutes", obgleich dasselbe für den Fall des Verzuges Strafzinsen vorschrieb. Es vermißte die gehörige Specialität der Eintragung und die Kundbarmachung durch das Buch.

5) Gesetz vom 31. März 1838 wegen der kürzeren Verjährungsfristen § 2 unter 5. — Amortisationsleistungen sind Kapitalzahlungen, nicht Zinsen, unterliegen daher deren Verjährung nicht.

6) Zu beachten ist auch Zw. Vollstr. Gesetz vom 13. Juli 1883 § 35, vgl. unten § 346 bei Ziff. 4.

7) L. R. I, 5 § 248.

8) Etwas anders die erste und zweite Auflage. Achilles zur G. B. O. § 96, Bahlmann E. E. G. § 23 Ziff. 12 erachten als Zahlungsort den Sitz desjenigen Grundbuchamtes, in dessen Bezirk das mit der Grundschuld belastete Grundstück liegt. Allein wenn auch dort die Grundschuld entstand, so ist dies etwas vom Willen der Parteien Unabhängiges, für dieselbe Zufälliges, ein Anhaltspunkt zur Bestimmung des Zahlungsortes liegt daher hierin nicht.

9) E. E. Gesetz § 23, vgl. oben § 318.

in der Bewilligung auf Irrthum beruhen, oder sonst nicht beabsichtigt waren. Die Hypothek hingegen ist an den Schuldgrund geknüpft, der durch den Schuldvertrag geschaffen ist. Daher kann die Bewilligung keine größeren Verpflichtungen enthalten, als aus diesem folgen; dagegen kann sie Beschränkungen und Bedingungen aufnehmen, welche der persönlichen Schuld fremd waren. Auch Aenderungen in Bezug auf die Modalitäten der Leistung sind zulässig, z. B. hinsichtlich der Währung, der Schuldsumme, des Zahlungsortes, der Zinstermine, der Rückzahlungsbedingungen. Diese Abweichungen beziehen sich nur auf die Hypothekenforderungen und ändern nichts an der persönlichen Verpflichtung.[10]

4. Durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Grundeigenthümer kann die Hypothek und die — materiell accessorische — Grundschuld nachträglich Veränderungen erleiden, ohne daß sich dieselben auf die persönliche Forderung erstrecken. Die Zustimmung nachstehender Gläubiger ist hierzu nur erforderlich, sofern deren Ansprüche durch dieselben eine Beeinträchtigung erfahren.

Insbesondere ist nach beiderseitigem Antrag des Gläubigers und des Eigenthümers die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld zulässig. Doch bedarf es hierfür der Zustimmung derjenigen in der zweiten und dritten Abtheilung gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten, welche vor Inkrafttreten der Grundbuchgesetze eingetragen wurden.[11] Umschreibung einer Grundschuld in eine Hypothek ist gleichfalls zulässig, wenn nachträglich die Urkunde über die zu Grunde liegende persönliche Schuld beigebracht wird. Der Zustimmung der gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten bedarf es hier nicht.[12]

§ 332. Die Kautionshypothek.[1]

1. Kautionshypotheken sind eingetragene Hypotheken für künftige Forderungen unbestimmter Höhe.[2] Sie sind den Vormerkungen verwandt,

---

10) l. 3 pr. § 1 D. de const. pec. 13, 5. l. 1 §§ 5. 8. l. 25 D. eod. Vgl. Bruns das constitutum debiti in der Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 1 n. 2.

11) Gesetz über den E. E. § 29. G. B. O. § 90. Ob die persönliche Forderung durch die Grundschuld novirt wird, ist Auslegungsfrage, aber im Zweifel zu verneinen.

12) Uebereinstimmend Entsch. des Kammergerichts Bd. 1 S. 139. Eine besondere gesetzliche Bestimmung fehlt.

1) Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 200.

2) Hypotheken zu Gunsten fester Schulden, bei denen nur das Verhältniß zur staatlichen Währung ungewiß ist, z. B. Pfandbriefdarlehen, müssen zwar unter Zufügung eines Höchstbetrages eingetragen werden, unterstehen aber den Grundsätzen der Kautionshypotheken größtentheils nicht. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 198.

da sie, wie diese, einer späteren endgültigen Eintragung die Stelle wahren sollen.[3]

Eine Kautionshypothek ist nicht bloß dann möglich, wenn zur Zeit der Eintragung bereits ein festes Rechtsverhältniß, z. B. eine Gesellschaft, ein eröffnetes Kontokurrent bestand, aus welchem sich Geldschulden entwickeln können, sondern auch dann, wenn ein solches Rechtsverhältniß in Aussicht genommen ist, ohne daß bereits eine Verbindlichkeit besteht.[4]

2. Im Interesse des Realkredites ist vorgeschrieben, den Höchstbetrag der Summe einzutragen, bis zu welcher das Pfandgrundstück haftet.[5] Inwiefern dasselbe dann bis zu dieser Grenze wirklich in Anspruch genommen werden kann, hängt von der künftigen Gestaltung der versicherten Forderung ab.[6]

3. Die Eintragung einer Kautionshypothek begründet die hypothekarische Klage noch nicht, da sie nur ein eventuelles Recht erzeugt, vielmehr bedarf es außerdem des Nachweises, daß die versicherte Forderung bis zur behaupteten Höhe entstand. Einreden gegen dieselbe sind unbeschränkt zulässig und zwar auch gegenüber einem Cessionar der Kautionshypothek, welchem sie unbekannt waren.[7]

---

3) Es ist daher streitig, ob über Kautionshypotheken Hypothekenbriefe auszugeben sind. Die Praxis nimmt dies jedoch nach G. B. O. § 122 überwiegend an. Vgl. aber Dernburg Pr. Hyp. R. S. 202.

4) Nichtssagend ist L. R. I, 20 § 14, wonach künftige Ansprüche pfandrechtlich versichert werden können, „soweit ihretwegen Kaution gefordert und geleistet werden kann;" denn es fragt sich eben wie weit das Letztere der Fall ist. Unrichtig ist es und dem praktischen Rechte widersprechend, wenn Förster Bd. 3 § 192 annimmt, „es müsse der Rechtsgrund für die spätere Forderung schon vorhanden sein;" — gegen ihn auch Eccius a. a. O. Vgl. Kam. Ger. Bd. 5 S. 159. Es ist genügender Schuldgrund, wenn „wegen aller Forderungen, welche der Gläubiger an den Schuldner hat oder künftig erwerben wird", Kaution bestellt wird, siehe ferner R. G. Bd. 5 S. 159. Gruchot Bd. 5 S. 465 Johow Jahrb. Pr. A. G. Bd. 6 S. 162, Bd. 8 S. 222.

5) E. E. Gesetz § 24, vgl. aber oben § 318 Anm. 6. Auch auf unfreiwillige Eintragungen wird man den Grundsatz anzuwenden haben, Entsch. des Kam.-Ger. Bd. 1 S. 127.

6) Erwachsen dem Gläubiger verschiedene Forderungen innerhalb des Rahmens der Kautionshypothek, welche in ihrer Gesammtheit über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus gehen, so hat der Gläubiger zu bestimmen, welche Forderung durch die Kautionshypothek gesichert sein soll. Näheres Dernburg Pr. Hyp. R. S. 203. — Ansprüche wegen Kosten sind im Höchstbetrag nicht eingeschlossen R. G. im Just.-Min. Bl. 1888 S. 178.

7) Allerdings macht § 37 des E. E. Gesetzes keine Ausnahme für die Kautionshypothek; dieselbe ergiebt sich aber aus dem Wesen der letzteren. Das Gleiche gilt vom § 38 des Gesetzes bezüglich der Einreden. Beide Punkte hatte der ursprüngliche Regierungsentwurf § 35 ausdrücklich hervorgehoben. Bei der Berathung im Landtage wurde der Paragraph gestrichen, nicht, weil man die hier ausgesprochenen Grundsätze mißbilligte, sondern weil sie das Herrenhaus auf alle Hypotheken im Gegensatze zu den Grundschulden ausdehnen wollte — wenigstens in Bezug auf die Einreden —, und weil das Abgeordnetenhaus, welches diese Generalisirung verwarf, die Wiederherstellung des Paragraphen der Regierungsvorlage versäumte.

4. Werden die Forderungen, welche durch Kautionshypothek versichert waren, vom Eigenthümer des verhafteten Grundstückes getilgt, so erlischt die Kautionshypothek. Der Eigenthümer succedirt nicht, wie bei der gewöhnlichen Hypothek in die Post, etwa bis zu deren Höchstbetrag. Denn die Kautionshypothek wird inhaltsleer, wenn sich keine Rückstände ergeben.[8] [9]

5. Unter welchen Voraussetzungen kann eine Umschreibung der Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek geschehen? Es ist hierzu gefordert ein Anerkenntniß des persönlichen Schuldners[10] oder ein rechtskräftiges Erkenntniß gegen denselben, durch welches Bestehen und Höhe des Anspruches festgestellt wird, welcher unter die Kaution fällt. Auf Grund dieser Urkunden genügt der Antrag des Kautionshypothekars. Die nacheingetragenen Gläubiger haben bei der Umschreibung nicht mitzuwirken. Ihnen bleibt nur das Recht der Anfechtung dieser, wie anderer Hypotheken, wenn sie durch die Eintragung ohne Rechtsgrund verkürzt sind. Sie mußten von vornherein wissen, daß sich die Kautionshypothek im Falle des Eintrittes ihrer Bedingungen in eine gewöhnliche verwandeln lasse.[11]

6. In der Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstückes hat der Kautionshypothekar nach Maßgabe seiner Priorität bis zum Höchstbetrag der Kaution ein Anrecht auf Auszahlung der Summe, auf welche die versicherte Forderung bereits ansteht, wie auch das Recht auf Hinterlegung entsprechender Beträge zu seiner Deckung, falls seine Forderungen noch nicht liquid zu stellen sind, oder sich um deswillen noch steigern können, weil er zu weiterer Kreditgewährung genöthigt ist.[12]

---

8) E. E. Gesetz § 67. Verjährung der Forderung beseitigt die für sie eingetrage Kautionshypothek. — Abtretung der Kautionshypothek ohne die Forderung ist unwirksam. Vgl. oben § 325 bei Ziff. 3. Siehe noch R. G. Bd. 27 S. 172.

9) Ueber die Klage auf Löschung vgl. R. G. Bd. 18 S. 265.

10) Der Einwilligung dessen, welcher das Pfandgrundstück vom Schuldner der Kautionshypothek erworben hat, bedarf es nicht. Kam. Ger. Bd. 5 S. 169.

11) Dernburg Hyp. R. S. 207. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt u. A. Eccius Bd. 3 § 199a Anm. 20 ff. Natürlich kann eine „willkürliche" Umwandlung der Kautionshypothek in eine Hypothek nicht stattfinden; damit erledigen sich seine Einwendungen. Für die Ansicht unseres Textes spricht der Zweck der Kautionshypothek, welche gerade dazu bestimmt ist, gegebenen Falles das rückständig bleibende Kapital zu sichern. Die Bedeutung der Frage liegt unter Anderem darin, ob dem Cessionar, welcher eine in eine feste Summe umgeschriebene Kautionshypothek redlich erworben hat, Einreden aus dem ursprünglichen Verhältniß entgegengestellt werden können, was sicherlich verneint werden muß. Ferner ist streitig geworden, ob die Kautionshypothek in ihrem Höchstbetrag in ein zinsbares Kapital gemäß § 25 des E. E. G. umgeschrieben werden kann. Auch hierfür würden wir uns entscheiden, wie denn die Zwecke des § 25, den Eigenthümer gegen Kapitalkündigungen und Subhastationen möglichst zu schützen, hierfür sprechen. Aber dieser Punkt ist besonders streitig; das O. Trib. bei Gruchot Bd. 21 S. 860 hat sich dagegen erklärt; mehrere Instanzgerichte, Johow d. Pr. A. G. Jahrbuch Bd. 3 S. 163, Bd. 6 S. 168 sind dafür. Vgl. überhaupt Regelsberger, Studien zum bayer. Hyp. R. Heft 1 S. 18 ff., Gruchot Bd. 9 S. 229, aber auch Bd. 8 S. 71. — Der hier vertretenen Ansicht ist R. G. Bd. 5 S. 236, Kam. Ger. Bd. 5 S. 168.

7. Jede Hypothek oder Grundschuld hat das Wesen einer Kautionshypothek, soweit sie für die künftig auflaufenden Kosten haftet. Aber auch die Verpfändung für Zinsen hat eine ähnliche Natur. Daher sind gegen Zinsansprüche Einreden unbeschränkt zulässig, sofern sie sich nicht gegen die Gültigkeit des eingetragenen Zinsrechtes als solchen richten.[13]

V. Rangordnung.

§ 333. Allgemeine Grundsätze der Rangordnung.

1. Das verpfändete Grundstück kann soweit mit Nachpfandrechten belastet werden, als sich Abnehmer für dieselben finden. Verträge, durch welche man sich seinem Pfandgläubiger verpflichtet, sein Grundstück nicht weiter hypothekarisch zu belasten, sind unverbindlich.[1]

2. Nach römischem Rechte war die Rechtsstellung des ersten und der späteren Pfandgläubiger ihrer Art nach verschieden.[2] Nur der erste Pfandgläubiger hat dort ein vollkommenes Pfandrecht, ihm allein steht der Pfandverkauf zu;[3] die Rechte der Nachhypothekarien liegen in dem jus offerendi[4] und dem Anspruch auf die durch den ersten Pfandgläubiger erlöste hyperocha.

Nach preußischem Rechte hingegen sind die Rechte aller Pfandgläubiger ihrer Art nach gleiche.

Jeder Pfandgläubiger, auch der nachstehende, kann die Zwangsvollstreckung beantragen, wenn seine Forderung vollstreckbar ist. Nachstehende Pfandgläubiger haben das Recht, gegen vollständige Befriedigung in die Rechte der vorgehenden einzutreten. Dies hatte früher wenig praktische Bedeutung.[5] Die Erschwerung der Durchführung der Zwangsvollstreckung für nachstehende Gläubiger durch die neueste Gesetzgebung kann demselben aber Wichtigkeit verleihen.[6]

3. Der Rang der Hypotheken und Grundschulden richtet sich nicht, wie bei den Römern, nach materiellrechtlichen Merkmalen, also nach dem Alter des Pfandrechtes, oder nach der Frage der Verwendung in die

---

12) Vgl. über die Berücksichtigung beim geringsten Gebot Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 56, über die Aufnahme in den Vertheilungsplan citirtes Gesetz §§ 106, 114 und über die Hinterlegung § 120.

13) Vgl. E. E. Ges. § 39 und unten § 342 bei Anm. 13.

1) E. E. Gesetz § 48, so schon L. R. I, 20 § 439. Als zulässig gilt die Klausel, wonach der Pfandgläubiger im Fall der Weiterverpfändung des Grundstücks seine Hypothek kündigen kann. Entsch. d. Kam. G. Bd. 9 S. 80.

2) Dernburg Pfandrecht Bd. 2 §§ 159. 160, Windscheid Bd. 1 § 241.

3) l. 1 D. de distr. pign. 20, 5. A. Ans. Windscheid a. a. O.

4) l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4.

5) L. R. I, 20 § 36 ff.

6) Ueber das besondere Eintrittsrecht nachstehender Gläubiger nach dem Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 205 vgl. unten § 348.

Sache, oder nach einem Privilegium. Vielmehr bestimmt sich der Rang vorzugsweise nach dem äußerlichen Merkmal der Reihenfolge im Grundbuche.

Und zwar entscheidet die Reihenfolge der Eintragungen — nach dem Lokusprincip —, selbst wenn dieselbe ohne Rechtsgrund sein sollte, indem der Richter z. B. den Zeitpunkt des Anbringens der Gesuche aus Versehen nicht beachtete.[7] Die Reihenfolge, wie sie sich räumlich im Buche durch das Verhältniß von oben und unten und die Seitenfolge darstellt, kann jedoch bei der Eintragung bereits durch Vermerke geändert werden. Ein solcher Vermerk kann schon in der Numerirung der Post liegen; namentlich schreibt man aufeinanderfolgenden Posten, welche unter derselben Ziffer eingetragen wurden, gleichen Rang zu.[8] Der Rang des Pfandrechtes bestimmt sich nach der Reihe der Eintragungen auch dann, wenn dasselbe ursprünglich anfechtbar oder nichtig war und erst nach Vornahme späterer Eintragungen Rechtswirksamkeit erlangte. Selbst die für eine bedingte oder zukünftige Forderung bestimmte Hypothek datirt nach ihrer Stelle im Buche, auch wenn dieselbe erst zur Entstehung gelangte, nachdem weitere Posten eingetragen waren.[9] Ebenso verhält es sich mit vorgemerkten Pfandrechten.[10]

Innerhalb derselben Post haben die verschiedenen aus ihr erwachsenen Ansprüche verschiedenen Rang. Obenan stehen die Ansprüche wegen der Kosten, dann gewisse Zinsen, worüber das Nähere bei der Zwangsvollstreckung auszuführen ist, endlich das Kapital.[11] Im Falle einer Cession des Kapitals unter Zurückhaltung von solchen Zinsansprüchen, welche ihm vorgehen, hat daher der Cedent den Vorrang vor der Kapitalforderung des Cessionars.[12] Wurde das Kapital theilweise abgetreten, so haben die Forderungen gleichen Rang, wenn nichts Anderes ausgemacht war.

§ 334. Spätere Veränderungen des Ranges.

Da sich der Rang der Pfandrechte am Grundstücke nach einem formellen Merkmal, der Eintragung im Grundbuche regelt, so kann er auch durch spätere Eintragungen im Grundbuche verändert werden.

---

7) Vgl. oben § 200 bei Ziff. 2. — Gesetz über den E. E. §§ 17. 34. L. R. I, 20 § 502.

8) Würden hingegen mehrere zu gleicher Zeit angemeldete Pfandrechte unter gleichem Datum, aber mit fortlaufenden Nummern und ohne besonderen Vermerk hintereinander eingetragen, so erhielte die voreingetragene Post nothwendig den Vorzug, auch wenn dies nicht in der Absicht des eintragenden Richters gelegen hätte. Präj. des O. Trib. n. 27.

9) L. R. I, 20 § 13. Oben § 332 Anm. 4.

10) Ueber die Anfechtung einer unrichtigerweise zugetheilten Priorität siehe oben § 200 Anm. 11 und 12. Ohne Zweifel hat auch der Eigenthümer ein Anfechtungsrecht — im Grunde a. negatoria — sofern er ein Interesse bei richtiger Eintragung hat.

11) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 54. Vgl. unten § 351.

12) Entsch. des O. Trib. Bd. 5 S. 79.

Der Richter darf aber solche Veränderungen nur eintragen, wenn für dieselben zureichende Unterlagen vorhanden sind, so daß sie ohne Rechtskränkung Dritter geschehen.

1. Auf Antrag des Gläubigers kann die Rangordnung mehrerer ihm zustehender Posten, welche unmittelbar aufeinander folgen, beliebig durch nachträglichen Vermerk im Grundbuche bestimmt werden.[1] Ebenso ist es dem Gläubiger unverwehrt, Theile einer ihm zustehenden einzigen eingetragenen Forderung mit dem Vorrang vor anderen Theilen derselben Post durch einen Vermerk im Buche versehen zu lassen, auch ehe er zu Gunsten eines Dritten darüber verfügt. Andere eingetragene Gläubiger haben weder ein Interesse bei diesen Aenderungen, noch irgend welches Recht der Einsprache.

2. Wichtiger für den Verkehr ist die Veränderung der Rangordnung mittels s.g. Prioritätscession,[2] durch welche ein Gläubiger seinen Vorrang zu Gunsten eines später oder gleich eingetragenen Gläubigers aufgiebt.[3] Da Landschaften, Sparkassen und andere öffentliche Institute hypothekarische Darlehen nur zur ersten Stelle geben, so ist solche Abtretung nothwendig, wenn sie auf bereits verpfändete Grundstücke leihen sollen. Der an erster Stelle eingetragene Gläubiger läßt sich zu derselben nicht selten herbei, wenn auch meist nicht anders als gegen gewichtige Aequivalente.

Solche Prioritätscession wirkt zunächst nur zwischen den Vertragschließenden und deren Erben. In Folge derselben kann der Prioritätscessionar, welcher bei der Zwangsvollstreckung ausfällt, während auf den Prioritätscedenten Kaufgelder entfallen, die Ueberweisung des dem Letzteren gemäß seines Ranges zukommenden Betrages nach Maßgabe der Cession verlangen.[4] [5]

Weitergehende Rechte erwirbt der Cessionar aber dadurch, daß die Vorrechtseinräumung im Grundbuche vermerkt wird.[6] Die Meinungen sind freilich über die Wirkung einer derart eingetragenen Abtretung

---

1) So entschied das Appellationsgericht zu Hamm bei Gruchot Bd. 4 S. 413 ff.

2) Dernburg Pr. Hyp. R. S. 273. Eccius Bd. 3 § 199a Anm. 17. Rintelen Prioritätseinräumung in Johows Jahrb. d. Pr. A. G. Bd. 6 S. 305. Exner in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 291, Strohal die Prioritätsabtretung 1880. — Die Zustimmung des Pfandgläubigers zu einer weiteren Verpfändung wird von gemeinrechtlichen Schriftstellern als Prioritätscession aufgefaßt. Glück Bd. 19 S. 430 ff., ja die römischen Juristen sahen hierin geradezu einen Verzicht auf das Pfandrecht l. 12 pr. D. q. m. p. s. 20, 6. Dies um deswillen, weil die Zustimmung an sich unnöthig ist und nur so einen juristischen Sinn gewinnt. L. R. I, 20 § 496 verwirft diese Auffassungen; vgl. noch unten § 359 Anm. 4.

3) E. E. Gesetz § 35. L. R. I, 20 § 497 ff.

4) Vgl. L. R. I, 20 § 498, vgl. R. G. Bd. 15 S. 266.

5) Vgl. l. 23 § 1 D. de her. vel. a. vend. 18, 4.

6) Die Eintragung kann geschehen nicht bloß auf Antrag des zurücktretenden eingetragenen Gläubigers oder seines legitimirten Rechtsnachfolgers, sondern auch auf Antrag des Prioritätscessionars, gestützt auf die Bewilligung des legitimirten Cedenten. Vgl. G. B. O. § 86, § 81.

getheilt, indem ihr die Einen bloß relative, die Anderen absolute Kraft zuschreiben, was von Wichtigkeit ist, wenn Zwischenposten zwischen dem Prioritätscedenten und dem Cessionar stehen. Die Vertheidiger der relativen Kraft nehmen an, daß die vortretende Post lediglich den Anspruch der zurücktretenden auf Befriedigung aus dem Erlöse im Fall der Zwangsvollstreckung in das Grundstück erhalte. Darnach wäre Voraussetzung des Anspruchs, daß die zurücktretende Post zur Zeit der Zwangsvollstreckung noch besteht. Wäre dieselbe dagegen vorher gelöscht, so würden die Zwischengläubiger vorrücken. Gegen solche Löschung der zurücktretenden Forderung könnte sich aber der Cessionar auf Grund der Vorrechtscession nicht schützen.[7]

Richtiger Ansicht nach hat vielmehr die Eintragung der Vorrechtscession absolute Kraft, so daß der Prioritätscessionar an die Stelle des Cedenten tritt, wonach ihm die Löschung der Hypothek des Cedenten nicht schadet. Dies entspricht den Zwecken des Institutes und der Absicht der Betheiligten, welcher die Eintragung Geltung verleiht.[8] Zustimmung des Eigenthümers der Pfandsache, oder der eingetragenen Zwischengläubiger ist nicht erforderlich, da ein derartiger Stellentausch deren Lage nicht verschlechtert.[9]

Die Streitfrage wurde brennend seit Einführung des geringsten Gebotes bei der Zwangsversteigerung. Die Vertheidiger der bloß relativen Kraft der Vorrechtseinräumung mußten zu dem Ergebniß gelangen, daß die zurücktretende, nicht aber die vortretende Post in das geringste Gebot aufzunehmen sei, wenn die Zwangsversteigerung von einem zwischen denselben eingetragenen Gläubiger beantragt wurde, denn an sich sollte nach dieser Theorie an der ursprünglichen Rangordnung nichts geändert sein. Damit würde aber die Prioritätscession einen ihrer wesentlichsten Vor-

---

7) Um solche Löschung zu hindern, läßt daher der Prioritätscessionar mit Bewilligung des Grundeigenthümers und des Gläubigers der zurücktretenden Post die Beschränkung eintragen, daß diese Post ohne Zustimmung des Gläubigers der vortretenden Post, solange die letztere besteht, nicht gelöscht werden darf. Vgl. Johow Jahrb. Bd. 7 S. 260, Bd. 8 S. 258.

8) Das L. R. I, 20 §§ 497 und 498 hat dies mit dem glücklichen juristischen Takt, welcher ihm eigen ist, gefunden und festgestellt. Es sind aber die juristischen Skrupel nicht ausgeblieben. Für die hier vertretene Grundauffassung ist Prinz Einfluß der Hypothekenverfassung auf das Sachenrecht S. 272 ff., und insbesondere Strohal die Prioritätsabtretung 1880. A. Ansicht O. Trib. Bd. 6 S. 369 und R. G. Bd. 16 S. 249, Bd. 19 S. 343, ferner Küntzel zur Lehre von der Vorrechtseinräumung bei Gruchot Bd. 26 S. 68 und die ausführliche und beachtenswerthe Abhandlung von Paris, die Lehre von der Prioritätsabtretung 1883. Vgl. aber Dernburg Pr. Hyp. R. S. 278.

9) Wäre freilich die zurücktretende Post bloße Kautionshypothek, so rücken die nacheingetragenen Gläubiger vor, wenn schließlich keine zu sichernde Schuld besteht — oben § 332 bei Ziff. 3 — sich kein Schuldbetrag ergiebt, hieran kann durch die Prioritätscession nichts geändert werden.

züge verlieren und es müßte für alle diejenigen, welche statutarisch Grundstücke nur an erster Stelle beleihen dürfen, zweifelhaft werden, ob sie sich mit einer Prioritätscession begnügen dürfen, welcher das wesentliche Recht ersteingetragener Gläubiger versagt bliebe, daß ihre Hypothek durch die von einem nacheingetragenen Gläubiger beantragte Zwangsversteigerung nicht fällig wird.

Die absolute Theorie hingegen nimmt die vortretende, nicht aber die zurücktretende Post, wenn die Prioritätscession eingetragen ist, in das geringste Gebot auf. Das Gesetz vom 30. Mai 1893 bestimmt nunmehr und zwar rückwirkend, also als authentische Interpretation, daß eingetragene Vorrechtseinräumungen in das geringste Gebot aufzunehmen sind. Diese authentische Deklaration erkennt hiermit an, daß die eingetragene Vorrechtseinräumung — gemäß der absoluten Theorie — als Stellentausch anzusehen ist.

Dieser Stellentausch ist jedoch nach dem Zwecke des Geschäfts dadurch auflösend bedingt, daß die Post des Prioritätscessionars nicht gelöscht, oder wenn sie Kautionshypothek sein sollte, nicht gegenstandslos wird. Denn der Tausch sollte nicht weiter reichen, als das Interesse des Prioritätscessionars erfordert. Erledigt sich dessen Recht, so tritt die zurückgetretene Post also wieder in ihre ursprüngliche Stelle vor den nach ihr eingetragenen Posten.

Der Umfang der Vorrechtsabtretung ist einerseits begrenzt durch den Betrag der Post des Abtretenden, andererseits durch die Höhe derjenigen Post, welcher der Vorrang eingeräumt wird. Die Einräumung des Vorrechtes für das Kapital bezieht sich im Zweifel auch auf die Nebenleistungen,[10] und zwar nicht bloß auf künftig fällige, sondern auch auf rückständige.[11]

3. Auch ein Prioritätsvorbehalt ist zulässig, durch welchen sich der Grundeigenthümer bei Bewilligung einer Hypothek oder Grundschuld ein Vorrecht für künftige Eintragungen bis zu einer gewissen Höhe offen hält.[12] Das solcher Gestalt vorbehaltene Vorrecht kommt derjenigen späteren Post zu

10) E. E. Gesetz § 35. Es ist dies nur eine gesetzliche Vermuthung, welche durch eine unzweideutig erklärte entgegengesetzte Absicht ausgeschlossen werden kann. — Nebenleistungen sind die oben § 331 z. A. bezeichneten, also Zinsen, Jahresleistungen und Kosten.

11) Ist die Vorrechtseinräumung auf Hypotheken und Grundschulden beschränkt? Abh. in Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 10 S. 349 bejaht, in Bd. 12 S. 362 verneint.

12) Vgl. über das Rechtsverhältniß R. G. Bd. 19 S. 343, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 274. — Anderer Ansicht Rintelen a. a. O. Bd. 6 S. 305. Ein Hauptfall ist, daß ein Bauspekulant eine Baustelle mit geringer Anzahlung erwirbt und sich vorbehält, später Baugelder bis zu einem gewissen Betrag mit dem Vorrecht eintragen zu lassen, sobald der Bau bis zu einer gewissen Höhe vorgeschritten ist. Zulässig ist, die Eintragung dahin zu formuliren, daß die Bedingung des Vorbehalts als erfüllt gilt nach formgerechter Anerkennung des Zurücktretenden oder rechtskräftiger Verurtheilung zu derselben.

Gute, welcher dasselbe mit Bewilligung des Grundeigenthümers zugeschrieben wird. Hat der Eigenthümer keinen Gebrauch von dem Vorbehalt gemacht und kommt es zur Zwangsvollstreckung, so kann weder er, noch seine Konkursmasse etwas an der betreffenden Stelle liquidiren.

4. Eine nachträgliche Zuwendung der Priorität ohne Zustimmung der hierdurch zurückgesetzten Gläubiger ist auf Grund des Gesetzes zulässig zu Gunsten der Zinsen einer früher eingetragenen Post.[13] Die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 stellte nämlich, um die Hypotheken im Falle eines Steigens des Zinsfußes möglichst vor Kündigung zu bewahren, dem Grundeigenthümer frei, bei Hypotheken, die nach Inkrafttreten jener Novelle mit Zinsen unter 5 % eingetragen würden, beliebig einen erhöhten Zinssatz bis zu 5 % eintragen zu lassen. Dem Gedanken des Gesetzes nach muß das Gleiche auch bei älteren Hypotheken gestattet sein, wenn nur die Nachhypotheken erst nach dem Inkrafttreten der Novelle entstanden.[14] Auch ist für zinslos eingetragene Kapitalien nicht zu verweigern, was den mit geringerem Zinsatz eingetragenen zu Gute kommt. Beides hat die neueste Gesetzgebung, wenigstens gegenüber den nach ihrem Inkrafttreten eingetragenen Hypotheken und Grundschulden, ausdrücklich anerkannt.[15] [16]

§ 335. Anfechtung von Eintragungen durch gleich- oder nacheingetragene Gläubiger.[1]

Es erhebt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen nacheingetragene Gläubiger Hypotheken anfechten können. Die Beantwortung

---

13) Hypothekennovelle § 30. E. E. Gesetz § 25. Es gilt dies auch für in eine feste Hypothek umgeschriebene Kautionshypothek, oben § 332 Anm. 11.

14) Dies ist die Ansicht von Herbst bei Gruchot Bd. 16 S. 448.

15) Man wird über die Zinsen auch im Fall einer Zinserhöhung keine besonderen Hypothekenbriefe auszustellen haben. Die Meinungen gehen jedoch auseinander, vgl. oben § 324 Anm. 4.

16) Nach dem Gesetz über Errichtung von Landeskulturrentenbanken vom 13. Mai 1879 können die Provinzialverbände auf Beschluß des Provinzallandtages Landeskulturrentenbanken errichten, welche behufs Melioration der Grundstücke Darlehen geben und zu diesem Behuf Landeskulturrentenbriefe ausgeben. Für Darlehen, welche zur Ausführung von Drainirungsanlagen gewährt werden, können, sofern das Statut dies bestimmt, die besonderen Vorschriften des § 11 ff. des Gesetzes zur Anwendung kommen. Hiernach kann der Darlehnssucher, wenn die beabsichtigte Drainirungsanlage geeignet ist, eine dauernde Verbesserung des Grundstückes herbeizuführen, beanspruchen, daß nach Ausführung der Anlage einer auf bestimmte Zeit zu übernehmenden, auf das Grundstück einzutragenden Rente — Landeskulturrente — und etwaigen Zuschlägen behufs Erhebung der Beiträge zur Rentenbankverwaltung das Vorzugsrecht vor älteren auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Belastungen des Grundstückes ertheilt werde. Hiermit hat das Gesetz den Weg zu einem Pfandprivilegium wegen versio in rem im Gebiete des Hypothekenkredites eröffnet. Doch kann durch rechtzeitigen Widerspruch des Realberechtigten die Gewährung des Vorzugsrechtes vor dem Anspruch des Widersprechenden und jedes demselben vorhergehenden anderen Realberechtigten ausgeschlossen werden, vgl. § 21 des angef. Gesetzes. Ein bezügliches Statut hat für Schlesien am

gilt auch für die Anfechtung von zu gleichen Rechten eingetragenen Posten.

1. Man kann zur Lösung der Frage den Standpunkt einnehmen, daß der nacheingetragene Pfandgläubiger sich mit der ihm bei der Eintragung angewiesenen Stelle zufrieden gegeben habe, und hiernach nicht befugt sei, ältere, wenn auch an sich unbegründete Eintragungen wegzuräumen, um sich einen besseren Rang zu verschaffen, als ihm ursprünglich zugedacht war. Die ältere preußische Jurisprudenz erachtete dies jedoch nicht als stichhaltig.[2] Dagegen bestimmt E. E. Gesetz § 40: „Gleich- oder nacheingetragene Gläubiger können Grundschulden nur dann anfechten, wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung die Eintragung erlangt haben." Für die Anfechtung von Hypotheken ist Gleiches nicht bestimmt. Einen zureichenden inneren Grund aber dafür, die Anfechtung von Grundschulden auszuschließen, diejenigen von Hypotheken zuzulassen, wird man nicht leicht aufweisen können. —

2. Derzeit ist den nach- oder gleicheingetragenen Gläubigern das Anfechtungsrecht im Wesentlichen ebensowohl gegen Grundschulden, wie gegen Hypotheken offengestellt:

a) Was die s. g. Paullianische Anfechtung wegen rechtsverletzender Benachtheiligung der Gläubiger anlangt, auf welche Manche die Bestimmung des gedachten § 40 beschränken,[3] so ist dieselbe in Gemäßheit der Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 gegen Grundschulden nicht weniger als gegen Hypotheken zulässig, sofern nur die allgemeinen Voraussetzungen dieser reichsgesetzlichen Anfechtung vorliegen.[4]

b) Entbehren Grundschulden und Hypotheken aus anderen Gründen der Rechtsgültigkeit — der s. g. Verität —, z. B. weil die versprochene Darlehnsvaluta nicht geleistet wurde, so steht die Anfechtung nach dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883, § 5, offen. Denn es ist nach demselben jeder eingetragene Gläubiger, dessen Forderung in das Grundstück vollstreckbar ist, befugt, das Recht des Eigenthümers auf Löschung geltend zu machen, soweit es sich nicht um Posten handelt, die auf den Eigenthümer übergegangen sind. Nicht weniger sind die Betheiligten berechtigt, gegen die auf nicht rechtsbeständige Eintragungen bei

20. Juli 1881, und für Schleswig-Holstein am 12. Oktober 1881 die landesherrliche Genehmigung erhalten — Bericht über Preußens landwirthschaftliche Verwaltung 1881 S. 218 ff.

1) Dernburg Pr. Hyp. R. S. 300.

2) Plenum des O. Trib. in einem an das Justizministerium erstatteten Gutachten vom 11. März 1839 — Justizministerialblatt von 1839 S. 169 ff.

3) Eccius Bd. 3 S. 199 Anm. 7.

4) Vgl. unten Bd. 2 § 132, insbes. Anm. 5 Küntzel bei Gruchot Bd. 32 S. 447.

der Kaufgelderbelegung des zwangsweise versteigerten Grundstücks gemäß dem Theilungsplane entfallenden Liquidate Widerspruch einzulegen.

In der That hat der voreingetragene bloße Scheingläubiger keinenfalls ein Recht, womit er dem nacheingetragenen die Spitze bieten kann. Es wäre der Erwägung werth gewesen, ob man die Stelle voreingetragener, nicht rechtsbeständiger Posten dem Grundeigenthümer zuzuweisen habe. Dies ist aber im preußische Rechte nicht geschehen. Es hat daher keinen Grund, dem nacheingetragenen Gläubiger die Anfechtung zu entziehen.[5]

VI. Beendigung der Hypotheken und Grundschulden.

§ 336. Befriedigung des Gläubigers. Löschung.

1. Durch Zahlung der eingetragenen Schuld oder anderweitige Befriedigung des Pfandgläubigers, z. B. Novation, Hingabe an Zahlungsstatt, Aufrechnung, Hinterlegung, Erlaßvertrag wird zwar das bisherige Gläubigerrecht getilgt, die eingetragene Post aber noch nicht aufgehoben. Der Grundeigenthümer erwirbt daher eine Einrede gegen den Gläubiger, dessen Erben und solche Dritte, welche die Post in Kenntniß jener Tilgungsgründe erworben haben. Nicht weniger hat er gegen diese Personen eine Klage auf Bewilligung der Löschung, oder auf Abtretung der Post.

Die Klage auf Löschungsbewilligung ist eine bloß persönliche, wenn sie sich auf eine persönliche Verpflichtung des Beklagten gegenüber dem Kläger zur Ertheilung jener Bewilligung stützt. Die Klage kann aber auch eine dingliche sein mit dem Zweck, die Freiheit des Grundstücks von der Hypothek oder Grundschuld zur Anerkennung zu bringen.[1]

2. Die Aufhebung der Post geschieht der Regel nach nur durch rechtsgültige Löschung.[2] Dieselbe fordert:

a) einen Buchakt, nämlich eine Einschreibung im Grundbuche, durch welche das eingetragene Pfandrecht als getilgt bezeichnet wird, und

b) bestimmte materielle Unterlagen.[3]

Zu letzteren gehört der Antrag des eingetragenen Eigenthümers.[4] Nicht antragsberechtigt ist der bisherige Gläubiger; er hat an der Löschung

---

5) Ueber die Anfechtung des ungerechtfertigten Ranges einer Post durch gleich oder nacheingetragene Gläubiger vgl. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 306.

1) Vgl. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 312.

2) E. E. Gesetz § 57.

3) Vgl. G. B. O. § 94.

4) E. E. Gesetz § 58. G. B. O. § 92. Deshalb ist auch der Veräußerer eines Grundstücks, welcher sich dem Erwerber desselben zur Löschung einer Post verpflichtete, nach Eintragung des Erwerbers als Eigenthümer ohne Vollmacht desselben zum Antrag auf Löschung nicht berechtigt, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1085. Der Antrag

kein Interesse, und würde in den Fällen, in welchen die Post durch seine Befriedigung auf den Grundeigenthümer übergegangen ist, durch eine Löschung in dessen Rechte eingreifen. Soweit ein solcher Uebergang nicht stattfindet, sind gleich- oder nacheingetragene Pfandgläubiger, die einen vollstreckbaren Titel haben, zum Löschungsantrag an Stelle des Eigenthümers berechtigt.[5]

Außer dem Antrag des Eigenthümers ist zur Löschung die Löschungsbewilligung des Gläubigers, oder die Liquidstellung der Thatsache erforderlich, daß ein Gläubigerrecht nicht mehr besteht. Gehörige Quittung gilt als Löschungsbewilligung.[6]

Ertheilen kann die Löschungsbewilligung der „Inhaber der Post" d. h. nicht bloß, wer als Gläubiger eingetragen steht, sondern auch dessen nicht eingetragener Rechtsnachfolger, wenn der Uebergang des Rechtes in gehöriger Weise dargethan ist.

Ist über die Post verbrieft, so gilt als deren Inhaber nur, wer im Besitze des Briefs ist oder auf dessen Antrag der Brief amortisirt wurde.

Der Rechtsgrund der Löschungsbewilligung braucht nicht dargethan zu werden. Der Mangel eines solchen erzeugt nur persönliche Ansprüche gegen denjenigen, welcher dieselbe erwirkt und durch sie ungehörigerweise bereichert ist.

Die Löschungsbewilligung wird ersetzt durch rechtskräftige Verurtheilung des Gläubigers zu deren Ertheilung.[7]

Der Nachweis des Nichtbestehens eines Gläubigerrechts kann geführt werden durch Vorlegung eines rechtskräftigen Ausschlußerkenntnisses nach erfolgtem gerichtlichem Aufgebot der Post,[8] [9] desgleichen durch Vorlegung

---

des Eigenthümers auf Löschung wird ersetzt durch seine rechtskräftige Verurtheilung zu dessen Stellung, z. B. wenn er sich dem nachstehenden Gläubiger zur Löschung verpflichtete. — Der Antrag muß in beglaubigter Form trotz G. B. O. § 33 geschehen vgl. Kam. G. Bd. 9 S. 100. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 316.

5) G. B. O. § 94 Ziff. 1. Zw. V. Ges. in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 5.

6) L. R. I, 13 §§ 107. 108. — Ueber bedingte Löschungsbewilligung vgl. Kam. Ger. Bd. 12 S. 121.

7) R. C. P. O. § 779. Nach § 58 des E. E. G. bedurfte es des Ersuchens des Vollstreckungsgerichtes. Nach der R. C. P. O. genügt der Antrag des Eigenthümers, da das Urtheil die Bewilligung des Gläubigers ersetzt.

8) Hypothekenordnung von 1783 Tit. II §§ 269, 273, 283 Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 § 36. G. B. O. § 103 ff. Preuß. Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 20 a. E., § 21, R. C. P. O. § 837, Abs. 2, § 838. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 321. Zu unterscheiden ist a) Aufgebot der Post, zum Zweck der Löschung, sei es daß Tilgung behauptet, der Gläubiger aber unbekannt ist, oder daß Zahlung geleistet werden soll, der Gläubiger aber unbekannt ist und b) Aufgebot des Hypothekendokuments, sei es um die Löschung zu ermöglichen, sei es um dem Gläubiger an Stelle des abhanden gekommenen ein neues Dokument zu verschaffen, vgl. auch oben § 324 bei Ziff. 8.

9) Auch dieses Aufgebot können nacheingetragene Pfandgläubiger mit vollstreckbarem Schuldtitel betreiben, vgl. angef. Gesetz vom 13. Juli 1883 § 5. Die Kosten des

einer gerichtlichen Erbbescheinigung, oder eines Testamentes oder Erbvertrages, woraus sich die Vereinigung des Gläubigerrechts mit dem Eigenthum des Grundstücks ergiebt.

Auch auf Grund des Ersuchens einer zuständigen Behörde, namentlich des Subhastationsrichters, kann die Löschung erfolgen.[10]

Die rechtsgültige Löschung tilgt das Pfandrecht, so daß die nachstehenden Gläubiger vorrücken.[11] Dagegen tilgt eine Löschung zur Ungebühr, d. h. eine solche, welche jener nöthigen materiellen Unterlagen entbehrt,[12] das Realrecht nicht.[13] Der Pfandgläubiger kann daher dessen Wiedereintragung verlangen. Diese geschieht aber unbeschadet der Rechte derjenigen, welche nach jener Löschung im Glauben an deren Rechtsgiltigkeit Eigenthum oder dingliche Rechte am Grundstück erworben haben. Dagegen wirkt die Wiedereintragung allen Berechtigten gegenüber, deren Rechte bereits zur Zeit der Löschung bestanden hatten.

3. Das Gesetz bezeichnet die Löschung als die einzige Weise der Beendigung der Hypothek und der Grundschuld. Gleichwohl giebt es Fälle, in welchen dieselbe ohne Löschung erlischt. So, wenn ein eingetragener Endtermin herankommt, oder eine eingetragene auflösende Bedingung eintritt. Ferner, wenn das Pfandgrundstück in Folge von Naturereignissen, z. B. Abspülung oder Erdbeben, zu Grunde geht, oder nicht mehr aufzufinden ist, oder wenn das verpfändete Bergwerkseigenthum erlischt. Außerdem endet die Hypothek oder Grundschuld durch Enteignung und in Folge der Zwangsversteigerung der Pfandsache.[14]

Ausschlußerkenntnisses können sie, so lange die Löschung noch nicht erfolgt ist, bei der Kaufgelderbelegung im Subhastationsverfahren bis auf Höhe des Nominalbetrages der Post an deren Stelle verlangen.

10) E. E. Gesetz § 58, G. B. O. § 41. Vgl. Zw. V. Ges. in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 124 Ziff. 2.

11) E. E. Gesetz § 62. In Mecklenburg besteht das System der sogenannten festen Priorität, so daß die nachstehenden Hypothekengläubiger auch im Falle der Löschung der Hypothek eines vorgehenden Gläubigers nicht vorrücken. Das preußische System, welches dem Grundeigenthümer die Möglichkeit läßt, die nachstehenden Gläubiger durch Löschung der Vorhypotheken vorrücken zu lassen, ist indessen bequemer.

12) Es gehört hierher der Fall, daß ein Unberechtigter, wenn auch in gesetzlicher Form — notariell oder gerichtlich — Löschungsbewilligung gab. R. G. Bd. 1 S. 168 ff.

13) Hyp. Ordnung Tit. II, § 284. L. R. I, 20 § 526 ff. G. B. O. § 118. R. G. Bd. 19 S. 295. Kam. Ger. Bd. 5 S. 192. Vgl. auch oben § 201 Anm. 6 und § 276 Anm. 2. — Förster Bd. 3 § 200 nahm an, das Realrecht sei erloschen; der Gläubiger solle nur seinen Eintragungstitel behalten. Dennoch soll der Richter von Amtswegen die ungebührlich gelöschte Hypothek wieder eintragen. Das Realrecht ist so wenig untergegangen, als die Inhaberobligation mit dem zufälligen Untergang des Papieres, sofern es amortisirt werden kann. Vgl. R. G. Bd. 5 S. 292.

14) Ueber einen Endigungsgrund im Fall einer Gesammthypothek siehe oben § 330.

§ 337. Die Hypothek des Eigenthümers.[1]

Wird der Gläubiger einer Hypothek oder Grundschuld bezahlt, oder sonst befriedigt, oder hat eine Vereinigung des Pfandrechtes mit dem Eigenthum stattgefunden, so wäre damit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die weitere Wirkung des Pfandrechtes aufgehoben. Die nacheingetragenen Gläubiger müßten also befugt sein, die Löschung jener Post zu betreiben, um in die bessere Stelle einzurücken. Dieser Behandlung der Sache treten jedoch wirthschaftliche Gründe entgegen. Man würde durch dieselbe den nacheingetragenen Gläubigern einen Vortheil zuwenden, welchen sie zur Zeit der Gewährung des hypothekarischen Kredits nicht in Berechnung brachten und für den sie daher kein Aequivalent leisteten.[2] Der Grundeigenthümer aber würde, wenn er Realkredit brauchte, da er nur noch an der mit Eintragungen nicht besetzten Stelle ein Pfandrecht bewilligen könnte, das ihm nöthige Kapital schwieriger und theurer erhalten.

Um solche Mißstände abzuwenden, stehen zwei Wege offen.

Entweder nimmt man an — s. g. System der festen Stellen — daß der eingetragene Gläubiger dauernd auf die ihm bei der Eintragung zugeschriebene Stelle verwiesen ist. Werden daher voreingetragene Posten gelöscht, so rücken die nacheingetragenen nicht vor. Die offene Stelle bleibt zur Verfügung des Grundeigenthümers,[3] welcher an derselben ein neues Pfandrecht begründen kann. Dies System ist dem preußischen Recht fremd.[4]

Oder man läßt den Grundeigenthümer in die eingetragene Post succediren. Derselbe ist in Folge dessen zugleich Grundeigenthümer und Pfandgläubiger. Wird aber die Post gelöscht, so rücken die nacheingetragenen Gläubiger vor.[5] Diesen Weg hat das preußische Recht eingeschlagen.

Die geschichtliche Entwickelung desselben in dieser Hinsicht ist folgende:

1. In einer Vormundschaftssache war streitig geworden, ob im Hypothekenbuche eingetragene Schuldforderungen für erloschen zu erachten seien,

---

1) Die Litteratur über die Hypothek des Eigenthümers ist eine sehr reiche, vgl. Eccius Bd. 3 § 200 Anm. 13. Die älteste Bearbeitung ist v. d. Hagen die Hypothek des Eigenthümers 1836, die neueste bei Dernburg Pr. Hyp. R. S. 286.

2) Vgl. oben § 315.

3) Der Eigenthümer selbst wäre aber nicht zugleich Pfandgläubiger.

4) Nach römischem Rechte rückte bekanntlich der Pfandgläubiger, durch dessen Vorschuß ein früherer abgefunden wurde, an dessen Stelle. Daß hiermit nicht das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers auf den Abfindenden übergeht, daß dieser vielmehr nur für das in seiner Person konstituirte Recht den Rang des untergegangenen Pfandrechtes erwirbt, wurde bereits bemerkt.

5) Daß der Grundeigenthümer nicht bloß die Macht hat, die Post weiter zu begeben, oder, wie unter anderem Förster Bd. 3 § 200 sich ausdrückte, ein formales Dispositionsrecht über dieselbe erwirbt, sondern selbst die pfandrechtlichen Befugnisse gegenüber der eigenen Sache hat, ergiebt das unten § 338 am Ende Ausgeführte. Vgl. Eccius a. a. O. gegen Förster.

wenn sie durch Erbgang oder aus einem anderen Rechtsgrunde an den Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes gelangten, oder ob Letzterer seiner Eigenschaft als Schuldner unbeschadet dergleichen Ansprüche cediren dürfe? Das hierbei nachgesuchte, unter dem 11. August 1802 durch königliches Reskript bestätigte Gutachten der Gesetzeskommission entschied, daß das Hypothekenrecht nicht durch bloße Vereinigung seines Eigenthums mit dem Eigenthum des verpfändeten Grundstückes, sondern nur durch eine auf Antrag des Besitzers erfolgende, von seiner Willkür abhängende Löschung im Hypothekenbuche aufhöre, so daß der Besitzer befugt sein solle, ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht einem Anderen gültig abzutreten.[6] Diese Entscheidung wurde als Anhang § 52 im Landrecht zu I. 16 § 484 eingeschaltet.

2. Bald erhoben sich Zweifel darüber, ob diese für den Fall der Vereinigung der Hypothekenrechte mit dem Eigenthum gegebene Vorschrift auch dann Anwendung fände, wenn von dem Eigenthümer des Grundstückes Zahlung der darauf eingetragenen Forderungen erfolgt sei.

Die Deklaration des § 52 des Anhanges vom 3. April 1824 bestimmte nach eingeholtem Gutachten des Staatsrathes,[7] daß der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahle und die Forderung nicht im Hypothekenbuche habe löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek genießen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei Auszahlung förmliche Cession, oder nur Quittung ertheilt worden sei, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden solle, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre.

3. In ähnlicher Weise giebt die neueste Gesetzgebung dem Eigenthümer, welcher eine Hypothek oder Grundschuld zahlt, oder sonst tilgt, die Befugniß, nach seiner Wahl Quittung, oder Löschungsbewilligung, oder Abtretung zu fordern, wie auch die Post auf Grund solcher Quittung, Löschungsbewilligung oder Abtretung auf seinen Namen umschreiben zu lassen, oder über sie zu verfügen.[8] Dasselbe Recht gesteht das Gesetz dem Eigenthümer dann zu, wenn er die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erwarb. Ebenso verstattet es dem Gläubiger im Falle des Erwerbes des Pfandgrundstückes, die Hypothek oder die Grundschuld auf seinen Namen stehen zu lassen, oder über sie zu verfügen.

---

6) Amelang neues Archiv Bd. 2 S. 457, Rabe Bd. 7 S. 183 ff.

7) Vgl. Kamptz Jahrb. Bd. 50 S. 168.

8) E. E. Gesetz § 63 ff. Auch Abtretung an einen Dritten kann gefordert werden.

Zwei Auffassungen der Succession des Eigenthümers in die Hypothek an seinem Grundstücke sind möglich:

a) Nach der einen erhält sich nicht bloß die Hypothek, sondern auch das der Hypothek zu Grunde liegende Forderungsrecht. Der Eigenthümer des Grundstückes gilt hiernach nicht nur als Pfandberechtigter, sondern auch als persönlicher Gläubiger sogar in dem Falle, in welchem er selbst der persönliche Schuldner war. Zwar giebt man zu, daß das persönliche Forderungsrecht während der Vereinigung ruhe, behauptet aber, daß es in dem Augenblicke wieder in Wirksamkeit trete, in welchem Pfandrecht und Eigenthum an verschiedene Personen gelangen.[9]

b) Nach der entgegengesetzten Meinung geht die persönliche Verbindlichkeit unter; nur das Hypothekenrecht erhält sich zu Gunsten des Eigenthümers, und nur dieses kann begeben werden.[10] Diese Ansicht war schon nach früherem Rechte die richtige, denn die Gründe, weswegen die Hypothek der Konfusion ungeachtet sich erhält, liegen ausschließlich auf dem Gebiete des Sachenrechtes, nicht auf dem der persönlichen Forderungsrechte. Die Erhaltung der Hypothek trotz des Unterganges der Obligation, an welche sie sich anschloß, ist deshalb zulässig, weil ihr nach preußischem Rechte der streng accessorische Charakter fehlt, welcher der römischen Hypothek zu eigen war.[11]

§ 338. Fortsetzung. Einzelpunkte bezüglich der Eigenthümerhypothek.

Die Succession des Eigenthümers hat folgende Voraussetzungen:

1. Sie fordert, daß es sich um ein in das Grundbuch eingetragenes Pfandrecht handelt. Sie ist also ausgeschlossen in Bezug auf Rekog-

9) So Obertribunal im Plenarbeschluß vom 27. Mai 1839, Entsch. Bd. 5 S. 56 ff., ferner vom 9. Januar 1846, Entsch. Bd. 12 S. 66, vgl. auch Bd. 77 S. 164, Bd. 81 S. 30, Kam. Ger. Bd. 9 S. 88. Doch nahm das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 53 S. 46 an, daß der die Forderung und die persönliche Schuld in sich vereinigende Eigenthümer die Post unter Ausschluß der persönlichen Forderung weiter cediren könne. R. G. Bd. 2 S. 206, Bd. 3 S. 266, Bd. 7 S. 217 hat sich auf denselben Standpunkt gestellt. Aber — erläutert es Bd. 5 S. 321 — hiermit wird nur die Möglichkeit anerkannt, daß auch das persönliche Schuldverhältniß in Folge seiner Verknüpfung mit der Hypothek den Wirkungen der nach sonstigen Rechtsregeln eintretenden Konfusion entzogen bleibe; es wäre verfehlt, hieraus zu schließen, daß in allen Fällen der Eigenthümerhypothek der Inhaber derselben mit den Rechten des Gläubigers die Verpflichtung des persönlichen Schuldners in sich vereinige. Daher verneint das R. G., daß der Hypothekengläubiger, welcher das verpfändete Grundstück von seinem persönlichen Schuldner unter Uebernahme seiner Hypothek auf den Kaufpreis käuflich erwarb und sodann seine Hypothek cedirte, für letztere dem Cessionar und dessen Rechtsnachfolgern als persönlicher Schuldner hafte. Vgl. hierüber Dernburg Pr. Hyp. R. S. 298.

10) Koch Uebergang der Forderungsrechte S. 92, Kommentar zu Anh. § 52.

11) Mit Recht bemerkt Achilles zu § 64 des E. E. Gesetzes „die Hypothek des Eigenthümers behält nur formell die Eigenschaft der Hypothek, materiell ist sie mit der Grundschuld identisch." So auch Eccius Bd. 3 § 200 Anm. 41a gegen Förster.

nitionshypotheken. Denn diese Hypotheken sind streng accessorischer Natur und haben nicht wie die eingetragenen formelle Selbständigkeit. Sie müssen daher mit der zu Grunde liegenden Forderung untergehen.[1]

Aus gleichem Grunde schließt das Gesetz, wie früher hervorgehoben wurde, die Rechtsnachfolge des Eigenthümers bei Kautionshypotheken aus,[2] solange dieselben nicht in Hypotheken oder Grundschulden bestimmter Höhe durch Umschreibung verwandelt sind. Wie aber, wenn nur die Vormerkung einer Hypothek oder Grundschuld im Grundbuche eingetragen ist? Richtiger Ansicht nach succedirt der Eigenthümer in dieselbe, falls ein materiell begründeter Pfandanspruch zu Grunde liegt.[3] Dies gilt auch für vorgemerkte Arreste.

Dagegen hat der Eigenthümer nicht das Recht, in die von ihm gezahlten Zinsen zu succediren. Denn Zinsen haben nicht die Bestimmung dauernder Belastung der Pfandsache,[4] unterliegen daher auch einer kurzen Verjährung.

Die Succession beschränkt sich auf die in der dritten Abtheilung des Grundbuchblattes eingetragenen Belastungen. Sie bezieht sich also nicht auf solche Schulden, welche in der zweiten Abtheilung des Grundbuchblattes verzeichnet sind, z. B. Ablösungskapitalien.[5]

2. Damit der Grundeigenthümer[6] die Hypothek oder Grundschuld erwirbt, muß die Schuldtilgung durch ihn oder für ihn geschehen sein. Er-

---

1) Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 232. Böle in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 183. Eccius Bd. 3 § 200. — Oben § 323.

2) Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 292 ff., Präj. n. 2473. — Aehnlich jetzt E. E. Gesetz § 67.

3) Das Obertribunal, Entsch. Bd. 13 S. 257, hat dies anerkannt. Derselben Ansicht ist Eccius Bd. 3 § 200 Anm. 48.

4) Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 127. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 163. Wie steht es mit den Kosten, welche rückständig blieben und die der Eigenthümer bezahlt? Die bezügliche Hypothek ist zunächst Kautionshypothek, oben § 332 a. E. Vor Umschreibung in eine gewöhnliche Hypothek tritt also Nachfolge des Eigenthümers nicht ein.

5) Vgl. Turnau G. B. O. zu E. G. § 64, zweite Auflage Bd. 1 S. 408.

6) Der Grundeigenthümer succedirt ohne Rücksicht darauf, ob er im Grundbuche eingetragen ist oder nicht. Nur der „eingetragene" Eigenthümer ist aber berechtigt, die Post auf Grund der bloßen Quittung oder Löschungsbewilligung auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen. Der nicht eingetragene Eigenthümer erhält dies Recht erst durch die Cession des abgefundenen Pfandgläubigers, welche er aber erzwingen kann. E. E. Gesetz § 64. Hat Jemand eine Hypothek oder Grundschuld, ehe er Eigenthümer war, getilgt, jedoch mit Rücksicht auf sein künftiges Eigenthumsrecht, so succedirt er richtiger Ansicht nach mit dem Eigenthumserwerb in das Pfandrecht, auch wenn er sich dasselbe nicht, was freilich meistens geschehen wird, besonders abtreten ließ. Es gilt dies namentlich für den Fall, daß der Käufer, welchem das Grundstück noch nicht aufgelassen ist, Hypotheken abstieß. Ueber Turnau G. B. O. Bd. 1 S. 537 vgl. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 295. — Succedirt ein Miteigenthümer, welcher den Gläubiger ohne Theilnahme des Miteigenthümers abfand, in das Pfandrecht? Es ist dies anzunehmen, da auch er Eigenthümer ist. — Zahlt der Konkursverwalter eine Hypothek, die auf dem Grundstück des Gemeinschuldners steht, so succedirt Letzterer in die Post und die Masse kann sie verwerthen.

folgte daher die Zahlung durch einen Dritten in seinem Namen der Art, daß er gegen den Grundeigenthümer einen Rückgriff hat, so hat der Gläubiger dem Dritten die Post abzutreten;[7] hat der Dritte dagegen, ohne damit Regreßrechte zu erwerben, für den Eigenthümer gezahlt, so erwirbt dieser die Post. Dahin gehört, wenn der Verkäufer eines Grundstückes auf demselben haftende, vom Käufer nicht übernommene Pfandrechte, seiner Verpflichtung gemäß getilgt hat.[8]

Freiwillig durch den Grundeigenthümer geleisteter Zahlung steht es gleich, wenn sich der Realgläubiger gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt hat. Der Grundeigenthümer erlangt dagegen die Post nicht, wenn sich der von ihm verschiedene persönliche Schuldner seine Schuld getilgt hat, um sich von derselben zu befreien.

Gleichgültig ist, ob der Grundeigenthümer den Pfandgläubiger durch Zahlung oder auf andere Weise befriedigt hat, z. B. durch Hingabe an Zahlungsstatt, Aufrechnung, im Wege des Vergleiches oder unentgeltlichen Erlasses.[9] [10]

Veräußert der Grundeigenthümer das Grundstück nach seiner Succession in das Pfandrecht, so verbleibt ihm im Zweifel das Verfügungsrecht über dasselbe.[11]

3. Im Falle bloß theilweiser Tilgung der Post tritt antheilige Succession des Eigenthümers ein. Der auf ihn übergehende Theil der Post und die Restforderung des Gläubigers haben dann nach der Rechtsprechung der höchsten Gerichte gleiche Rechte, wenn sich der Gläubiger nicht vor Annahme der Theilzahlung ein Vorrecht wegen der Restsumme vorbehalten hat.[12]

---

7) L. R. I, 16 §§ 46. 50. — Anders Präj. des O. Trib. n. 838, siehe aber Koch Kommentar zu L. R. I, 16 § 48. — Ueberhaupt vgl. Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 259. — Siehe auch Kam. Ger. Bd. 6 S. 127.

8) Anders Eccius Bd. 3 § 200 Anm. 51 und Küntzel bei Gruchot Bd. 28 S. 864.

9) Dies hat die Rechtssprechung, wenn auch unter stetem Streit, auf Grund der Deklaration vom 3. April 1824 festgehalten. Durch § 63 des E. E. Gesetzes ist der Satz gesetzlich anerkannt.

10) War die Post formal rechtsbeständig, aber materiell unbegründet, indem z. B. auf eine Hypothek oder Grundschuld hin Valuta nicht geleistet ist, und hat der Eigenthümer in Folge dessen durch Anfechtungsklage Löschungsbewilligung erzwungen, so tritt keine Succession ein. So auch R. G. Bd. 3 S. 266.

11) Der Veräußerer kann die dingliche Klage gegen den neuen Erwerber wegen des Kapitals und der nach der Uebereignung aufgelaufenen Zinsen anstellen. Auch steht ihm das Recht zur Abtretung der Post zu. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 30 ff. Entsch. des Kam. Ger. Bd. 1 S. 131. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 298.

12) Eine besondere gesetzliche Bestimmung fehlt. O. Trib. Bd. 6 S. 127, R. G. Bd. 2 S. 206, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 684 haben aber den im Text wiedergegebenen Satz aufgestellt. Er ist daher als das praktische preußische Recht anzusehen. Daß allgemeine Grundsätze zu anderen Ergebnissen führen, ist in den früheren Auflagen dieses Werkes entwickelt und von Rothenberg bei Gruchot Bd. 37 S. 659 eingehend nachgewiesen. — Vgl. übrigens noch R. G. Bd. 27 S. 188.

4. Schwierigkeiten ergeben sich bei Gesammtpfandrechten. Dies namentlich, wenn die gesammthaftenden Grundstücke verschiedenen Eigenthümern gehören und Einer derselben die Pfandschuld zahlt oder sonstwie tilgt. Der Zahlende succedirt hier nicht bloß in das Pfandrecht am eigenen Grundstück, sondern auch in das am mithaftenden fremden Grundstück. Denn das Gesetz gewährt dem zahlenden Eigenthümer die ganze Post.

Demnach ist es möglich und kommt immer wieder vor, daß ein Geldmann eines der mitverpfändeten Grundstücke erwirbt, die Hypothek auf den Kaufpreis übernimmt, die Gläubiger auszahlt, dadurch die Gesammtpost erwirbt, dieselbe auf dem von ihm erworbenen Grundstück löschen läßt und deren Betrag aus dem mitverpfändeten fremden Grundstück beitreibt. So kann sich der kapitalkräftige Spekulant auf Kosten des minderbemittelten Grundbesitzers bereichern, indem er Grundstücke erwirbt, deren Kaufpreis er aus dem Vermögen eines Dritten beizutreiben weiß. Eine besondere Färbung erhält dieser Fall, wenn die Grundstücke, welche so kontributionspflichtig gemacht werden, Trennstücke sind, welche deren Erwerber von dem Vorbesitzer des Beitreibenden gegen das Versprechen der Entlastung kauften.

Erhält der Gläubiger seine Befriedigung aus einem der gesammtverpfändeten Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung, so erlischt, wie früher gezeigt wurde, die Korrealhypothek auch auf dem mitverhafteten Grundstücke. Die Löschung derselben ist durch das Vollstreckungsgericht von Amtswegen zu betreiben.[13]

5. Die Succession des Eigenthümers giebt demselben nicht bloß das Recht zur Weiterbegebung der Post, vielmehr erhält er eine selbständige Berechtigung an derselben. Er kann daher die Post auf seinen Namen umschreiben lassen.[14] Im Falle einer Zwangsverwaltung sind ihm daher die laufenden, eingetragenen Zinsen aus den Einkünften seines Grundstücks zu zahlen, kommt es zur Zwangsversteigerung, so hat er ein Anrecht darauf, aus den Kaufgeldern befriedigt zu werden, beides nach Maßgabe der Stelle der Post.[15] Im Falle seines Konkurses sind die Konkursgläubiger berechtigt, den auf die Post entfallenden Betrag zu liquidiren und zur Konkursmasse einzuziehen.[16]

---

13) Vgl. oben § 330. Das Nähere siehe R. G. Bd. 16 S. 164. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 181.

14) Dies haben schon früher mehrere Reskripte des Justizministeriums angenommen, während Andere die Zulässigkeit solcher Umschreibung bestritten. Das E. E. Gesetz § 64 erkennt den Satz ausdrücklich an.

15) So das O. Trib. Striethorst Archiv Bd. 16 S. 54. Bezüglich der Zwangsverwaltung vgl. Imm. Zw. V. Ges. vom 13. Juli 1883 § 147.

16) Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 66, Striethorst Archiv Bd. 14 S. 142, R. G. Bd. 5 S. 312.

VII. Rechtswirkungen der Hypothek und der Grundschuld.

§ 339. Einleitung. — Besondere Vereinbarungen.

Ist dasjenige Pfandrechtsystem das vollkommenste, welches dem Gläubiger eine möglichst unantastbare Sicherheit gewährt und dabei doch dem Pfandschuldner freie Verfügung über den Pfandgegenstand gestattet, so hat das neuere Hypothekensystem eine hohe Stufe erreicht.

1. Dem Pfandschuldner bleibt der Besitz der Pfandsache selbst nach Fälligkeit seiner Schuld bis zur Einleitung einer Zwangsverwaltung. Er kann — bis zu etwaiger Beschlagnahme — über die Sache verfügen, z. B. die Kulturart des Grundstückes ändern, überflüssige Gebäude abreißen, nur gegen erhebliche Verschlechterungen wird der Gläubiger geschützt. Der Eigenthümer darf also nicht nur Früchte, sondern auch Erträgnisse anderer Art gewinnen, deren Erzielung das Grundstück bestimmt war, z. B. die Ziegelerde bei Verpfändung einer Ziegelei, die bergmännische Förderung eines verpfändeten Bergwerkes bis zur Erschöpfung ausbeuten. Auch bewegliche Zubehörstücke kann er veräußern und dann durch Abführung vom Pfandgrundstücke aus der Pfandhaftung bringen. Mieth- und Pachtverträge des Pfandschuldners sind für die Gläubiger verbindlich und können nur im Falle einer Zwangsversteigerung zu Gunsten des Erstehers gekündigt werden. Wie nach römischem Rechte ist der Pfandschuldner berechtigt, das verpfändete Grundstück selbst ohne Zustimmung der Gläubiger, im Ganzen oder in Trennstücken zu veräußern, freilich unbeschadet bestehender Pfandrechte.[1] Kleinere Bestandtheile des Grundstückes darf er sogar nach Erlangung einer Unschädlichkeitsbescheinigung hypothekenfrei veräußern.[2]

Verfällt der Grundeigenthümer in Konkurs, so geht sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht an der Pfandsache in die Hände des Konkursverwalters über. Doch darf er dasselbe nur unbeschadet der Rechte der eingetragenen Gläubiger ausüben.

2. Die Rechte des Hypotheken- und des Grundschuldgläubigers sind gemäß deutschen Rechtes wesentlich abweichend von denen des römischen Pfandgläubigers. Das römische Pfandrecht nahm zu seiner Verwirklichung die persönliche Thätigkeit des Berechtigten unmittelbar in Anspruch. Denn in Rom setzte sich der Hypothekar, falls seine Forderung fällig und nicht bezahlt

1) Nach E. E. G. § 48 ist zwar der Vertrag mit dem Pfandgläubiger nichtig, wonach weitere Belastung verboten wird. Der Vertrag, das Eigenthum nicht zu veräußern, aber ist gültig und erhält durch Eintragung dingliche Kraft, vgl. oben § 80 Anm. 4. Anders Förster, aber gegen diesen Eccius Bd. 3 § 194 bei Anm. 23 und 24.

2) Oben § 244 a. E., § 308a bei Anm. 3. — Ueber die Verpflichtung, bei Ausstellung der Unschädlichkeitsatteste für Sicherstellung der Realgläubiger zu sorgen vgl. R. G. Bd. 29 S. 249.

war, durch die hypothekarische Klage in den Besitz des Pfandes;[3] er nahm den Verkauf desselben in Person vor.[4] Dagegen geschieht derzeit die Verwirklichung des Hypothekenrechtes durch das Gericht, und der Pfandgläubiger hat nur das Recht, dessen Eingreifen zu fordern.[5] Es entspricht dies auch den wirthschaftlichen Verhältnissen der neueren Zeit, da dem Kapitalisten, welcher Realkredit giebt, die Selbstverwaltung eines Grundstückes und der Selbstbetrieb seines Verkaufes in der Regel keineswegs gelegen wäre.

Der Gläubiger kann jedoch durch Vereinbarungen seine Rechte zum Theil erweitern.

a. Ein Vertrag über den Privatverkauf des Pfandgegenstandes durch den Pfandgläubiger ist nicht schlechthin ungiltig.[6] Indessen wird er nicht leicht vorkommen.[7]

b. Nach Landrecht ist der Vertrag ohne Wirkung, wonach die Pfandsache dem Gläubiger bei Ausbleiben der Zahlung für die Schuld oder für einen im Voraus bestimmten Theil derselben verfallen sein soll, — s. g. lex commissoria. In den Grundbuchgesetzen ist dieser Vertrag nicht erwähnt, woraus aber nur folgt, daß das alte Recht bezüglich desselben in Kraft blieb.[8]

c. Der Gläubiger kann sich vertragsweise das Recht des Besitzes und Genusses des Pfandgrundstückes ausbedingen. Namentlich ist Antichrese möglich, bei welcher dem Gläubiger die Nutzungen des Pfandes statt der Zinsen seiner Forderung anheimfallen. Das Landrecht erforderte Bestätigung dieses Geschäftes durch den Richter, welcher nach vorhergegangener Prüfung festzustellen hatte, daß dieses keinen heimlichen Wucher bezwecke.[9] Diese Bestätigung ist in Folge der Beseitigung des gesetzlichen

3) l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1.

4) Oben § 312 z. A. Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 § 95 ff.

5) E. E. Gesetz § 43, vgl. oben § 312 bei Ziff. 2.

6) Vgl. L. R. I, 20 § 29 ff. Näheres unten § 358 Anm. 11. Die Motive des Regierungsentwurfes zu dem jetzigen § 43 des E. E. Gesetzes folgern allerdings aus der Nichterwähnung des Privatverkaufes der verhypothecirten Sache durch den Pfandgläubiger im neuen Gesetze dessen Abschaffung. Dieser Grund ist nicht durchschlagend. Vgl. R. G. Bd. 2 S. 337 über die Bedeutung der Motive.

7) Der Pfandgläubiger kann auf Grund eines solchen Vertrags vom Pfandschuldner besondere Vollmacht zur Auflassung fordern. Vgl. Eccius Bd. 3 § 194 Anm. 42. Anders Förster G. B. R. S. 173.

8) L. R. I, 20 § 33. Vgl. l. 3 C. de pactis pignorum 8, 35. Das Fortbestehen des Verbotes der lex commissoria pignorum ist streitig. Dasselbe ist nicht, wie die Motive des Regierungsentwurfes behaupten, durch sein Nichterwähnen in den Gesetzen vom 5. Mai 1872 beseitigt. Aber auch das Bundesgesetz vom 14. November 1867 hat das Verbot nicht getroffen, da dessen nächster Zweck nicht ist, die Höhe der dem Gläubiger für die Kapitalüberlassung zufallenden Vergütungen zu beschränken, sondern zu erzwingen, daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande im Wege der Pfandveräußerung vor sich gehe. O. Trib. Entsch. Bd. 65 S. 38. R. G. Bd. 2 S. 333, Bd. 4 S. 51. Anderer Ansicht Förster G. B. R. S. 174.

Zinsmaximums weggefallen und durch das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 über den Wucher nicht wieder hergestellt worden.[10] [11]

§ 340. Die hypothekarische Klage wegen Verschlechterung des Pfandgrundstückes.

Schon die gemeinrechtliche Jurisprudenz ließ die hypothekarische Klage ausnahmsweise vor Fälligkeit der versicherten Forderung im Falle einer Gefährdung des Gläubigers zu.[1] Das preußische Recht hat sich dem angeschlossen. Erhebliche Verschlechterungen des Grundstückes, welche die Sicherheit des Gläubigers bedrohen, berechtigen denselben, bei dem Prozeßrichter Sicherungsmaßregeln zu beantragen, wie auch seine Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern.[2] Wichtigere Einzelfragen sind folgende:

1. Welche Verschlechterung erheblich sei, ist vom Richter nach den besonderen Umständen des Falles zu bemessen. Dabei ist das Verhältniß des Werthes des Grundstückes zu dem Betrage der Forderung des Klägers zu beachten. Bei einem großen Gute, auf welchem für den Kläger eine verhältnißmäßig geringe Summe an erster Stelle eingetragen steht, kann z. B. die Verschlechterung eines einzelnen zugehörigen Grundstücks unerheblich sein, welche unter anderen Umständen in das Gewicht fiele. Es ist daher denkbar, daß nachstehende Gläubiger in Fällen klagberechtigt sind, in welchen der Voreingetragene nicht auftreten könnte. Nicht bloß Verschlechterung des Pfandgrundstückes selbst, sondern auch Verminderung seines beweglichen Zubehörs kann, richtiger Ansicht nach, das richterliche Einschreiten begründen, da auch hierin eine Einbuße an der ursprünglichen Sicherheit liegt.[3]

2. Zweifelhaft ist, ob auch **zufällige Verschlechterungen** oder Untergang des Pfandgrundstücks durch Naturereignisse die Kündigung recht-

---

9) G. B. O. § 12 Abs. 2. Die Antichrese bedarf der Eintragung zur Wirksamkeit gegen Dritte. Sie soll in der zweiten Abtheilung des Grundbuches eingetragen werden. Wesentlich ist dies nicht, Eccius bei Förster Bd. 3 § 196 Anm. 6. Die Eintragung eines Genuß- und Besitzrechtes ist zulässig, ohne daß das Grundstück zur Hypothek bestellt wird. Entsch. d. Kam. G. Bd. 11 S. 161.

10) L. R. I, 20 § 227 ff. Für die Nothwendigkeit gerichtlicher Abfassung Eccius gegen Förster Bd. 3 § 196 Anm. 20.

11) In Bezug auf Verwendungen wird ein solcher Pfandinhaber wie ein Pächter behandelt, L. R. I, 20 § 239. — Leyser med. sp. 157 m. 9 und 10 zog die Analogie des Nießbrauches herbei.

1) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1.

2) E. E. Gesetz § 50, enger war L. R. I, 20 §§ 441. 442 gefaßt. In der Regel kann der Gläubiger Beides zugleich fordern, vgl. O. Trib. bei Gruchot Bd. 22 S. 768.

3) Auch Abbruch eines Hauses zum Zweck eines Neubaues gehört hierher, da in den guten Willen und das Vermögen des Schuldners, das Gebäude herzustellen, die Realsicherheit nicht zu setzen ist; aber Einwilligung des Gläubigers, auch mündliche, begründet gegen den dennoch klagenden Gläubiger eine exceptio doli. Striethorst, Archiv Bd. 95 S. 86.

fertigen? Dies kann nicht als Absicht des Gesetzes angesehen werden. Denn das hieße den Schaden einseitig auf den Grundeigenthümer wälzen.

Auch Beschädigungen durch Dritte geben hiernach dem Gläubiger kein Kündigungsrecht, wenn der Grundeigenthümer nicht für sie verantwortlich gemacht werden kann. Dagegen kann der Gläubiger allerdings Sicherungsmaßregeln beantragen, wenn Miether, Pächter, Nießbraucher und sonstige Dritte anfangen das Grundstück zu verschlechtern, auch wenn den Grundeigenthümer dabei kein Vorwurf trifft.[4] Denn er muß im Stande sein, sein Recht zu vertheidigen.

3. Welche Maßnahmen zum Schutze des gefährdeten Gläubigers zu treffen sind, richtet sich nach der Sachlage. Das Gericht kann Stellung einer Sicherheit verordnen, Strafen auf Zuwiderhandlungen setzen, Veräußerungsverbote erlassen, äußersten Falles die Pfandsache unter Zwangsverwaltung stellen.[5]

4. Die Klage ist nicht bloß gegen den Eigenthümer des Grundstückes, sondern, soweit es sich um Sicherungsmaßregeln handelt, auch gegen andere Besitzer, insbesondere den Nießbraucher zulässig.[6]

§ 341. Die ordentliche hypothekarische Klage.

Mit der regelmäßigen hypothekarischen Klage wird Zahlung des eingetragenen Kapitals, der eingetragenen rückständigen und laufenden Zinsen und der Kosten gefordert, so daß der Beklagte jedoch für alle diese Forderungen nur mit dem Grundstück und dessen Zubehör haftet.[1] [2] Die Klage ist dinglich, unterliegt hiernach ausschließlich dem Gerichtsstand der belegenen Sache.[3]

1. Klagberechtigt ist der zeitige Pfandgläubiger, vor Allem der im Grundbuche eingetragene, ferner der Rechtsnachfolger desselben, auch wenn dieser im Grundbuche nicht eingetragen ist. Wer als Rechtsnachfolger klagt,

---

4) Dernburg Pr. Hyp. R. S. 254 vgl. Eccius Bd. 3 § 194. Anders unsere früheren Auflagen.

5) Vgl. oben § 329 zu Anf., R. St. G. B. § 137, oben § 147, daselbst Anm. 9, R. C. P. O. § 754.

6) Striethorst Archiv Bd. 82 S. 198 ff. Gruchot Bd. 22 S. 767.

1) Gesetz über den E. E. § 37. Vgl. oben § 313 z. Anf. — Die ausnahmsweise eintretende hypothekarische Klage ist die wegen Verschlechterung, oben 340.

2) Nach R. C. P. O. § 555 ff. ist der Urkundenprozeß zulässig, vorausgesetzt, daß sämmtliche Klagthatsachen durch Urkunden beweisbar sind, oben § 139 bei Ziff. 3. Desgleichen steht das Mahnverfahren offen, ebendaselbst Anm. 8.

3) R. C. P. O. § 25. Im Falle der Verbindung mit dieser dinglichen kann auch die persönliche Klage im dinglichen Gerichtsstand der Pfandsache angestellt werden, R. C. P. O. § 26. Dies gilt auch für die persönliche Schuld, neben welche eine Grundschuld tritt, oben § 314, im Text hinter Anm. 13.

hat natürlich die Abtretungen oder Ueberweisungen darzuthun, durch welche er sein Recht auf den als Gläubiger Eingetragenen zurückführt. Der bloße Besitz des Hypotheken- oder Grundschuldbriefes genügt der Regel nach zum Nachweise seiner Rechtsnachfolge nicht; nur bei demjenigen Grundschuldbriefe reicht er aus, welcher von einem Gläubiger, dessen Legitimation feststeht, mit einer Blankocession versehen ist.

Der Kläger, welcher das Kapital einfordert, legitimirt sich, falls die Post verbrieft ist, ausreichend als zeitiger Gläubiger nur, wenn er im Verfahren den Hypothekenbrief oder den Grundschuldbrief beibringt, da der Beklagte Zahlung des Kapitals nur für den Fall leisten muß, daß der Kläger die Hypothekenurkunde besitzt und ihm daher s. g. löschungsfähige Quittung geben kann.[4]

2. Die Klage ist zu richten gegen den Eigenthümer der Pfandsache. Als solchen kann Kläger den im Grundbuche als Eigenthümer Eingetragenen in Anspruch nehmen.[5] Er ist aber auch befugt, gegen einen nicht eingetragenen Eigenthümer Klage zu erheben. Nicht weniger ist belangbar der vollständige Besitzer, welcher kein Eigenthum hat, wohin auch der Käufer zählt, welchem ein Grundstück nach dem 1. Oktober 1872 zwar übergeben, aber nicht aufgelassen wurde.[6] Steht das Pfandgrundstück im Miteigenthum, so kann zwar gegen einen einzelnen Miteigenthümer geklagt werden, allein die Forderung würde im Falle seiner Verurtheilung nur in den ihm zugehörigen ideellen Theil vollstreckbar; deshalb wird der Gläubiger regelmäßig sämmtliche Miteigenthümer belangen. Ist der Eigenthümer in Konkurs gerathen, so ist die hypothekarische Klage gegen den Konkursverwalter zu richten.[7]

3. Die hypothekarische Klage setzt voraus, daß eine Pfandschuld bestehe und fällig sei.

a) Um das Bestehen der Pfandforderung darzuthun, genügt in der Regel deren Eintragung im Grundbuch. Nur bei der Klage aus einer Kautionshypothek hat, wie früher bemerkt wurde, Kläger das Erwachsen einer Geldforderung aus dem eingetragenen Rechtsverhältniß besonders darzuthun. Zweifelhaft ist, ob eine hypothekarische Klage auch aus einer Vormerkung erhoben werden kann. Dies ist richtiger Ansicht nach der Fall, wenn die Voraussetzungen einer endgiltigen Eintragung nachgewiesen werden können.[8]

4) Vgl. oben § 336.
5) Gesetz über den E. E. § 7.
6) Dies ist um deswillen zweifellos, weil das Gesetz vom 13. Juli 1883 § 139 Abs. 2 gegen solche Besitzer auch die Einleitung einer Zwangsverwaltung zuläßt.
7) Vgl. R. K. O. § 5 Abs. 2.
8) Vgl. oben § 338 bei Anm. 3.

b) Die Fälligkeit der Pfandforderung ist meist von vorgängiger Kündigung abhängig. Dieselbe steht je nach der Vereinbarung bald jederzeit, bald erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, bald unter gewissen anderen Bedingungen, z. B. unpünktlicher Zinsenzahlung, offen. Die Fälle der Kündigung können für Gläubiger und für Pfandschuldner verschiedene sein.

Kündigung ist eine einseitige Erklärung, welche sich durch die Mittheilung an den Gegner vollendet.[9] Sie kann außergerichtlich oder gerichtlich geschehen. Ihre Verbindung mit der hypothekarischen Klage ist derart zulässig, daß man dem Pfandschuldner diese Klage zustellt, und in derselben kündigt, gegebenen Falls die Befriedigung mit Ablauf der Kündigungsfrist verlangt.[10] Die Kündigung muß an den Eigenthümer der Pfandsache erfolgen; es genügt aber, daß sie an den im Grundbuche als Eigenthümer Eingetragenen geschieht. Erfolgte die Kündigung Seitens des Pfandgläubigers an den, welcher im Augenblicke ihrer Vornahme Eigenthümer, oder als solcher eingetragen war, so schadet es, da sie rechtsgültig vollzogen ist, ihrer Wirksamkeit nichts, wenn vor Ablauf der Kündigungsfrist die Inhaberschaft des Pfandrechtes, oder das Eigenthum am Pfandgrundstücke wechselt.[11]

Die Fälligkeit der Hypothekenforderung ist nicht bedingt durch Fälligkeit der zu Grunde liegenden persönlichen Schuld. Es kann z. B. dem Eigenthümer der Pfandsache gekündigt sein, ohne daß zugleich eine Kündigung an den persönlichen Schuldner erfolgte, so daß die eingetragene Forderung zwar dem Eigenthümer der Pfandsache, nicht aber dem persönlichen Schuldner gegenüber fällig wurde.

§ 342. Schutz des redlichen Cessionars und Drittpfandnehmers gegen Einreden.

Bereits dem allgemeinen Landrechte gehört der Rechtssatz an, daß gegenüber entgeltlichen Dritterwerbern von Hypotheken nur dann aus der Person ihrer Vorgänger Einreden vorgeschützt werden können, wenn dieselben im Grundbuche eingetragen, oder dem Erwerber beim Erwerbe bekannt waren.[1] Diese s. g. Ordrequalität hatte den Zweck, den redlichen Verkehr mit Hypotheken zu schützen und zu fördern, die Hypotheken also zu marktgängigen Werthen zu machen.

---

9) Vgl. über die Kündigung im Allgemeinen unten Bd. 2 § 60.

10) Kab. O. vom 17. Oktober 1833. Ueber diese s. g. Kündigungsklage vgl. oben § 124 Anm. 8.

11) Entsch. des O. Trib. Bd. 39 S. 138.

1) L. R. I, 20 §§ 422. 423. Anhang § 53 zu L. R. I, 20 § 511. Es bezog sich dies nur auf die Hypothek, nicht auf die zu Grunde liegende Forderung und die hieraus entspringende persönliche Klage. So auch noch jetzt, vgl. Striethorst Archiv Bd. 97 S. 280.

Was so mit praktischem Blick und im Interesse des Verkehrs festgestellt war, hat freilich der doktrinäre Geist der späteren Zeit zu nicht geringem Theil verderbt und zum Schaden der Grundbesitzer und der bürgerlichen Gesellschaft gewendet, da man nicht mehr die Zwecke der Bestimmung im Auge behielt, sondern rücksichtslos verallgemeinerte, was nur bestimmten Verkehrsinteressen dienen sollte.

Der Entwurf der Grundbuchgesetze plante demgemäß sogar, schon gegenüber dem ersten Nehmer der Hypothek alle Einreden abzuschneiden, welche sich auf die Entstehung des Schuldverhältnisses gründeten. Man erblickte hierin eine Folge des Konsensprincipes und glaubte durch solche Unerschütterlichkeit der Hypothek dem Realkredit neue Stützen zu geben.[2] Allein die Absicht, auch den ersten Nehmer der Hypothek von Einreden zu entlasten, welche ihm gegenüber entstanden waren, stieß mit Recht derart auf Widerspruch, daß man bei der schließlichen Feststellung des Gesetzes im Wesentlichen auf die Rechtsregeln des allgemeinen Landrechtes zurückkam.[3] Dieselben sind in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des Wechselrechtes über die gegen eine Wechselklage zuständigen Einreden.[6]

In Folge der Beschränkung der Einreden ist von Wichtigkeit, zu entscheiden, was Leugnung der Klage und was Einrede bildet. Zur Klagebegründung gehört nach § 37 des Eigenthumserwerbsgesetzes nur die formgerechte Eintragung des Klägers, wozu die Behauptung der Fälligkeit der Post kommen muß, sofern sie nicht aus der Eintragung erhellt. In das Gebiet der Einrede fällt jede Bemängelung des eingetragenen Rechtes.[5] Dahin gehört die Behauptung, daß die Eintragungsbewilligung ungültig sei oder nicht mit der Eintragung übereinstimme, sowie, daß andere für die Eintragung an sich erforderte Unterlagen, z. B. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zur Verpfändung von Grundstücken eines Mündels, fehlten, nicht minder, daß es der Post an einem Schuldgrund gebricht.

Im Einzelnen gestaltet sich die Sache folgendermaßen:

1. Gegen den ursprünglichen Hypothekar und Grundschuldgläubiger sind Einwendungen unbeschänkt zulässig. Dieselben können in der Behauptung der Nichtigkeit des Pfandrechtes bestehen, z. B. auf Fälschung der Bewilligung, auf wesentlichem Irrthum, oder Handlungsunfähigkeit des Bewilligenden gegründet sein. Es kann ferner der Beklagte, falls eine Hypothek oder Grundschuld eingeklagt wird, seinem ursprünglichen Gläubiger gegenüber

---

2) Vgl. Förster G. B. R. S. 189 ff., aber oben § 314.
3) E. E. Gesetz § 38.
4) D. W. O. Art. 82, vgl. unten Bd. 2 § 280.
5) R. G. Bd. 23 S. 271, Bd. 26 S. 275 und bei Gruchot Bd. 35 S. 698.

Einwendungen aus der zu Grunde liegenden Forderung vorschützen, z. B. wegen Mängel der Kaufsache, wenn das Pfandrecht zur Sicherung einer Kaufgelderforderung bestellt war. Endlich kann sich der Beklagte darauf berufen, daß die rechtsgeschäftlichen Bedingungen, welche einverständlich der Pfandbestellung zu Grunde lagen, nicht erfüllt sind, daß z. B. die für die Grundschuld versprochene Valuta nicht gezahlt wurde.[6]

2. Eine Beschränkung der Einreden gegen die Post tritt nur zu Gunsten von Dritterwerbern derselben ein.

Dahin gehören nicht die Erben des eingetragenen Gläubigers, nicht andere allgemeine Rechtsnachfolger desselben, z. B. in Folge eines Vitalicienvertrags, nicht der Ehemann, wenn er den Nießbrauch am Vermögen seiner Ehefrau, oder der Hausvater, wenn er solchen am Vermögen seiner Hauskinder geltend macht. Es gehört dahin auch nicht die Konkursmasse, wenn der eingetragene Gläubiger in Konkurs geräth.

Dritterwerber ist vielmehr nur, wer durch Sondernachfolge Eigenthum der Post, oder ein Recht an derselben insbesondere Nießbrauch, Pfandrecht erwarb.

Ist Dritterwerber auch der Gläubiger, welcher die Post seines Schuldners pfändete und sich an Zahlungsstatt überweisen ließ. Die Praxis hat das leider bejaht.[7] In beklagenswerther Konsequenzmacherei[8] nimmt man dies neuerdings selbst dann an, wenn der Gläubiger die anfechtbare, von ihm gepfändete Forderung sich bloß zur Einziehung überweisen ließ.[9] [10]

Das Eig.Erw.Gesetz § 38 hat eine andere Fassung bezüglich der Grundschulden und der Hypotheken. Bei genauerer Betrachtung ergiebt sich

6) Einer Grundschuld, welche an Zahlungsstatt gegeben ist, können Einreden, welche der ursprünglichen Forderung gegenüberstanden, in dem Falle nicht entgegengestellt werden, wenn auch die Zahlung dieser Forderung unanfechtbar wäre. So — vgl. unten Bd. 2 § 158 bei Anm. 14 — bei verbotenen Spielschulden. Achilles Gesetz über den E. E. § 38.

7) Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 239.

8) Vgl. Dernburg Preuß. Hyp. Recht S. 239.

9) So R. G. Bd. 29 S. 244. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1185. — Vgl. unten Bd. 2 § 107 Anm. 8.

10) Wer ein Grundstück erwirbt, auf welchem eine anfechtbare Grundschuld eingetragen ist, hat selbstverständlich dieselben Einreden gegen diese wie sein Rechtsvorfahr. Der § 38 Abs. 1 des E. E. Ges. steht nicht entgegen, da er diesen Fall nicht treffen wollte. Eccius Bd. 3 § 199[b] Anm. 22c führt aus, der Angriff des Bestellers der formell wirksamen Grundschuld habe „den Charakter einer persönlichen Kondiktion", die Kondiktion gehe auf den Erwerber der Grundstücke nicht über; wenn er sie als Einrede geltend machen wolle, sei dies eine exceptio de jure tertii. Er wirft mir vor, daß ich nicht versucht habe, diese Behauptungen zu widerlegen. Sie scheinen mir aber aus der Luft gegriffen und deshalb einer Widerlegung nicht fähig. Das Richtige ist, daß die Einreden gegen jene buchmäßige Grundschuld geltend machen, daß materiell rechtlich ein Gläubigerrecht nicht bestehe. Dieselben sind daher, wie dies die Regel für Einreden ist, „rei cohaerentes". Oben § 127 Anm. 12.

aber daß die Verschiedenheiten nicht grundsätzlich sind, sondern Untergeordnetes betreffen. Sie erklären sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Das Herrenhaus beabsichtigte bei der von ihm im Gegensatze zum Regierungsentwurfe vorgenommenen Scheidung von Hypotheken und Grundschulden, beide bezüglich der Einreden grundsätzlich verschieden zu behandeln. Gegenüber Hypotheken sollten sie unbeschränkt zustehen, da man denselben eine streng accessorische Natur beilegen wollte; dagegen traf man nach dem Vorbilde der Wechselordnung Beschränkungen der Einreden zu Gunsten dritter Erwerber von Grundschulden. Das Abgeordnetenhaus hingegen stellte in Bezug auf die Einreden gegenüber Hypotheken die bisherigen landrechtlichen Bestimmungen im Wesentlichen wieder her, versäumte aber, die Fassung für beide Arten des Pfandrechtes in Uebereinstimmung zu bringen. Demnach gilt für die Hypothek wie für die Grundschuld, daß der Kläger nur solchen Einreden unterliegt, welche der Beklagte unmittelbar gegen ihn erwarb, desgleichen denjenigen, welche aus der Person seines Vorgängers stammen, wenn sie eingetragen waren, oder wenn er sie sonst beim Erwerb kannte oder kennen mußte.[11] [12] Dabei besteht aber der Unterschied, daß gegen die Hypothek alle Einreden zulässig sind, welche zur Zeit des Erwerbes im Grundbuche eingetragen waren, während bei der Grundschuld nur diejenigen in Betracht kommen, welche auch auf dem Grundschuldbriefe vermerkt waren.[13] Ferner ist der Erwerber einer Hypothek gegen Einreden nur geschützt, wenn er gegen Entgelt erwarb;[14] dagegen wird für die Grundschuld im Gesetze ein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb nicht gemacht.

Der erwähnte § 38 beschäftigt sich nur mit Einreden, welche schon zur Zeit der Abtretung der Post bestanden. Aber auch gegen Einreden, welche der Grundeigenthümer nach der Cession erwarb, ist der Erwerber in Folge

11) Entsch. des O. Trib. Bd. 46 S. 126, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1186.

12) Der Einredende hat zu beweisen, daß der Erwerber die zu Grunde liegenden Thatsachen kannte oder wenigstens kennen mußte. Einreden, welche aus der dem Hypothekenbriefe beigehefteten Schuldurkunde sich ergeben, gelten als bekannt. Als redlich kann aber auch nicht gelten, wer einen Hypothekenbrief getrennt von der Schuldurkunde erwarb, wenn in dieser Einreden bezeugt waren. Denn der Erwerber hätte die Einsicht der zu Grunde liegenden Urkunde fordern müssen.

13) Da die nachträgliche Eintragung von Einreden im Grundbuche nur geschehen darf, wenn gleichzeitig die nachträgliche Eintragung auf dem Grundschuldbriefe vermerkt wird, ist dieser Unterschied nicht sehr erheblich. Daß dies aber der Wille der G. B. O. ist, geht hervor aus G. B. O. § 131, ferner aus G. B. O. § 129. Auf amortisirte Grundschuldbriefe bezieht sich die Bestimmung des Textes natürlich nicht. — Vgl. noch R. G. Bd. 16 S. 242, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 242.

14) Vgl. über Erwerb gegen Entgelt R. G. Bd. 2 S. 259. Nach Entsch. des O. Trib. Bd. 83 S. 233 ff. ist es Sache des Einredenden zu beweisen entweder, daß Kläger die Hypothekenforderung nicht gegen Entgelt erworben hat, oder daß demselben bei dem Erwerb der Hypothek die Einrede bekannt war.

des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs geschützt, sofern ihm der Brief über die Post ausgehändigt war, auch wenn eine Bekanntmachung der Abtretung an den Pfandschuldner noch nicht geschehen ist.[15]

3. Eine besondere Stellung nehmen gemäß ihrer accessorischen Natur die Kautionshypotheken ein, so daß sich auch deren dritte Erwerber sämmtliche auf die Forderung bezüglichen Einreden gefallen lassen müssen.[16] Ferner unterliegen Zinsenrückstände schlechthin im Falle einer Abtretung den Einreden aus der Person des Vorgängers.[17] Dies bezieht sich aber nicht auf solche Einreden, welche das eingetragene Zinsenrecht selbst in Frage stellen.[18]

4. Ausgeschlossen sind gegenüber Hypotheken wie Grundschulden diejenigen Einreden, welche den Uebergang dieser Rechte auf den eingetragenen Rechtsvorfahr des Klägers in Abrede stellen. Da der Schuldner gegen nochmalige Zahlung gesichert ist, wenn er demjenigen zahlt, welcher sein Recht von einem Eingetragenen herleitet, so nahm man an, daß er kein Interesse habe, dessen Legitimation in Frage zu stellen.[19] Dagegen ist die Behauptung zulässig, daß der Cessionar nur zu dem Zwecke vorgeschoben sei, um Einreden gegen seinen Vorgänger unschädlich zu machen; denn hierdurch wird nicht die Legitimation des Cessionars als solche angefochten, sondern eine exceptio doli vorgebracht, wie sie auch gegen Wechsel vorgeschützt werden kann.

5. Die Post erhält Ordrequalität erst mit Aushändigung des über sie gebildeten Briefs an den eingetragenen Gläubiger.[20]

Nichtverbriefte Hypotheken haben keine Ordrequalität.[21]

§ 343. Die Zwangsvollstreckung. Einleitung.

1. Der Pfandgläubiger ist, wenn seinem Anspruche nicht Genüge geschieht, auf die gerichtliche Zwangsvollstreckung verwiesen.

---

15) A. Ansicht Gerbaulet bei Gruchot Bd. 30 S. 810. Vgl. aber Dernburg Pr. Hyp. R. S. 248 und R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 1160, sowie unten Bd. 2 § 85 bei Anm. 3.

16) Vgl. oben § 332 bei Ziff. 3, 5 und 7.

17) E. E. Gesetz § 39.

18) R. G. Bd. 4 S. 334, Dernburg P. Hyp. R. S. 250.

19) E. E. Gesetz § 38 Abs. 3. Vgl. übrigens Dernburg Pr. Hyp. R. S. 247. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 663.

20) R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 707.

21) Auf Grund des früheren Rechtes nahm das O. Trib. an, daß der Cessionar einer Hypothek, über welche ein Hypothekendokument nicht ausgefertigt sei, Einreden unbeschränkt unterliege. Striethorst Archiv Bd. 68 S. 271. Das neue Grundbuchrecht bestimmt hierüber allerdings nichts. Obgleich solche Hypotheken der Erleichterung der Circulation nicht, wie die verbrieften, bedürfen, hat sich daher das O. Trib. Entsch. Bd. 75 S. 294, Striethorst Archiv Bd. 94 S. 118, sowie R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 1162, für die Beschränkung von Einreden auch gegenüber dem dritten gutgläubigen Erwerber einer unverbrieften Hypothek erklärt. Dies mit Unrecht. Denn

In ihren allgemeinsten Grundlagen beruht die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auf der R. C. P. O.[2] Diese stellt insbesondere fest, daß als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirke das Grundstück liegt. Ergänzend schließt sich hieran die Bestimmung der preußischen Gesetze, daß für Gegenstände des unbeweglichen Vermögens außer Grundstücken als Vollstreckungsgericht dasjenige Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirke die Sache, z. B. die Schiffsmühle, belegen ist, die Gerechtigkeit ausgeübt wird, oder das Schiff zur Zeit der Beschlagnahme sich befindet.[3]

Den Landesgesetzen sind durch die R. C. P. O. die Einzelheiten der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen überlassen. Dies gilt auch für die Frage, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören.[4] Im Gebiete des preußischen Landrechtes sind dies[5] Grundstücke, Grundstücksantheile,[6] verliehene Bergwerke, immobiliare Kuxe, selbständige Kohlenabbaugerechtigkeiten, andere selbständige immobiliare Gerechtigkeiten,[7] ferner die Kauffahrteischiffe, d. h. die der Handelsmarine angehörigen Seeschiffe, und endlich die Flußfrachtschiffe.[8] Inbegriffen ist auch das bewegliche gesetzliche Zubehör dieser Gegenstände.[9]

E. E. Gesetz § 38 Abs. 2 wollte nur das alte Recht für Hypotheken erhalten, nichts Neues schaffen. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 245.

1) Quellen L. R. I, 11 § 348 ff. Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883 § 13 ff.; die Materialien dieses Gesetzes hat Stegemann 1883 herausgegeben. Unter den Kommentaren ist hervorzuheben Krech und Fischer 2. Aufl. 1886. Eine ausführliche systematische Darstellung giebt Dernburg Pr. Hyp. R. S. 332 ff. Vorgänger des jetzt geltenden Gesetzes war die Subhastationsordnung vom 15. März 1869, welche im § 116 die älteren durch sie außer Kraft gesetzten Gesetze aufzählt.

2) R. C. P. O. § 755 bis 757.

3) R. C. P. O. § 755 Absatz 1, Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 155. Ueber die Fälle, in welchen sich der Gegenstand der Subhastation in mehrere Gerichtsbezirke erstreckt oder mehrere in verschiedenen Bezirken belegene Grundstücke desselben Eigenthümers subhastirt werden sollen, oder die Zuständigkeit des Gerichts in Folge eines Streites über die Bezirksgrenzen in Frage steht, siehe R. C. P. O. § 756 Abs. 2, Zwangsvollstreckungsgesetz § 3, § 156. Die etwaige Unzuständigkeit des subhastirenden Richters steht der Geltung des Zuschlagsbescheides nicht entgegen, vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 75.

4) R. C. P. O. § 757 Abs. 2.

5) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 1.

6) Ueber die Zwangsversteigerung von Grundstücksantheilen vgl. oben § 224 Anm. 9.

7) Insbesondere von Schiffsmühlen oben § 193 a. E. Es gehören hierher auch superficiarische Rechte, z. B. Marktbuden auf städtischem Grund. Es besteht kein Grund, sie weniger als Schiffsmühlen für selbständige Gerechtigkeiten zu halten; daher wird ihnen auch ein Blatt im Grundbuch eröffnet. Manche Schriftsteller wollen nur Mobiliarexekution in das superficiarische Recht im Ueberschuldungsfalle zulassen. Vom Gerichtsvollzieher vollzogene Pfändung und Auktion eines Etablissements, wie das Krollsche, welches eine Superficies am Thiergartenterrain in Berlin bildet, wäre indessen eine kuriose Sache.

2. In der Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung des Pfandrechtes mischen sich privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente. Daß der Gläubiger äußerstenfalls seine Befriedigung durch Zwangsversteigerung, sowie durch Zwangsverwaltung des Pfandgrundstückes erzwingen kann, bildet einen Bestandtheil seines privaten wohlerworbenen Rechtes. Wie aber hierbei zu verfahren ist, bestimmt das öffentliche Recht durch die jeweiligen Prozeßgesetze. Hierin fand es seine Rechtfertigung, daß man das am 1. November 1883 in Kraft getretene, für das Gebiet der Grundbuchordnung erlassene Gesetz vom 13. Juli 1883 über die Zwangsvollstreckung in Immobilien auch auf die vor seinem Inkrafttreten begründeten Hypotheken und Realansprüche bezog, trotzdem dasselbe grundsätzliche Abweichungen vom früheren Rechte enthält.

3. Das Gesetz vom 13. Juli 1883 bezeichnet als Mittel der Zwangsvollstreckung in Grundstücke einmal die Eintragung im Grundbuch, zweitens die Zwangsversteigerung und drittens die Zwangsverwaltung. Alle diese Mittel können gleichzeitig in das Werk gesetzt werden.[10] Die Eintragung im Grundbuch gehört jedoch der Natur der Sache nach nicht zu den Vollstreckungsmitteln, da sie nicht die Befriedigung, sondern nur die Sicherung der vollstreckbaren Forderung bezweckt.[11]

Zwangsvollstreckung in Schiffe geschieht nur mittels Zwangsversteigerung.[12]

4. Der Gesichtspunkt, daß es sich bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung um eine Hülfe handelt, welche das öffentliche Recht dem privaten gewährt, ist von Bedeutung für die vielbestrittene Frage, in welcher Eigenschaft der Richter bei der Zwangsversteigerung, insbesondere beim Abschluß des Kaufes mit dem Ersteher handelt.

Verkauft der Richter, wie die Einen behaupten, als Bevollmächtigter des betreibenden Gläubigers[13] oder ist er, wie Andere annehmen, Vertreter

---

8) Dies nach älteren Gesetzen und der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 § 1 Ziff. 3, sowie dem Ges. vom 4. März 1879 § 1, eine Bestimmung, welche das Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 1 Ziff. 4 aufrecht erhält.

9) Zwangsvollstreckungsgesetz § 1 Abs. 2. Es gehören hierher alle im § 30 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 — oben § 329 — bezeichneten Gegenstände, bei Seeschiffen die in Art. 759, 778 des Handelsgesetzbuches angegebenen Objekte, bei Flußfrachtschiffen nach § 64 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 die für das Schiff gezeichnete Versicherung und die verdienten Frachtgelder.

10) Zwangsvollstreckungsgesetz § 2. — Das L. R. I, 20 § 490 verstattete dem Gläubiger, sein Recht auf die Hypothek durch Subhastation, Immission — A. G. O. I, 24 § 118 — und Sequestration geltend zu machen. Die Immission wurde aber unpraktisch. Bereits das E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 43 erwähnt als Vollstreckungsmittel nur noch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

11) Vgl. über die Zwangshypothek oben § 321.

12) Zwangsvollstreckungsgesetz § 163 Abs. 1.

des Schuldners?[14] Besonders nahe liegt es, den Richter als den Vertreter des betreibenden Gläubigers anzusehen, dessen Pfandrecht er verwirklicht. Denn der Gläubiger setzt durch seinen Antrag das Verfahren ins Werk; er ist ferner befugt, bis zum Schlusse des Versteigerungstermines den Versteigerungsantrag zurückzunehmen und dadurch die Aufhebung des Verfahrens herbeizuführen; er kann endlich, nach Maßgabe des Gesetzes, dessen zeitweilige Einstellung bewilligen.[15] So scheint das Gericht nur der Arm des Gläubigers zu sein. Gegen diese Auffassung spricht indessen, daß die Zwangsversteigerung auch von bloß persönlichen Gläubigern vollstreckbarer Forderungen beantragt werden kann, deren Schuldner Eigenthümer subhastationsfähiger Gegenstände sind. Dennoch haben solche Gläubiger kein privates Vollstreckungsrecht an der Sache, welches der Richter in deren Namen ausüben könnte, sie haben nur Schutz durch richterliche Hülfe zu erwarten. Auch stimmt mit jener Theorie nicht, daß der Richter die Interessen nicht bloß der Antragsteller, sondern aller Betheiligten des Verfahrens zu wahren hat, daß auch der Erlös der Zwangsversteigerung sämmtlichen Interessenten nach Maßgabe ihres Vorranges zukommt. Ein letzter Grund gegen die Auffassung, daß das Gericht aus Vollmacht des betreibenden Gläubigers verkauft, liegt darin, daß dieser befugt ist, bei der Zwangsversteigerung mitzubieten; Verträge mit sich selbst zu schließen ist aber unzulässig. Aber auch als Vertreter des Schuldners tritt der Richter nicht auf. Der Grundeigenthümer muß die Veräußerung seines Grundstückes dulden, er ist aber nicht selbst handelnde Person. Daher hat er auch nicht für Gewährleistung einzustehen. Auch ihm ist gestattet, mitzubieten.[16]

Vergeblich ist das Bemühen, die Thätigkeit der verwaltenden Justiz ausschließlich von privatrechtlichen Gesichtspunkten aus zu erklären. Der Richter, welcher die Zwangsvollstreckung leitet, hat eine öffentliche Aufgabe, nicht also die Vertretung einer Partei.[17] Diese Aufgabe besteht darin, unter Wahrung aller berechtigten Interessen verletztes Recht zur Verwirklichung zu bringen und die zu diesem Zweck nöthigen Rechtsgeschäfte zu vollziehen. Er

---

13) Es ist dies die am meisten verbreitete Ansicht, vgl. Koch Recht der Ford. Bd. 3 S. 820, Eccius Bd. 2 § 130. Striethorst Archiv Bd. 76 S. 343, Bd. 78 S. 21, Bd. 79 S. 188, Bd. 80 S. 135. Von ihr scheinen die Verfasser des Zwangsvollstreckungsgesetzes in ihren Motiven ausgegangen zu sein.

14) So u. A. das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 60 S. 167, Entsch. Bd. 44 S. 77, ferner Gruchot Bd. 11 S. 163.

15) Zwangsvollstreckungsgesetz § 73, § 51.

16) Gesetz über den E. E. vom 5. Mai 1872 § 46, Zwangsvollstreckungsgesetz § 62 Abs. 3, § 64 Abs. 3.

17) Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 257 ff., Meibom Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 204. Rassow bei Gruchot Bd. 35 S. 364 und dort Anm. 14 Angeführte.

handelt auf Antrag des betreffenden Gläubigers, aber nicht in dessen Auftrag. Man mag von einem Kaufvertrag reden, welcher sich durch das Zuschlagsurtheil vollzieht, wie man auch bei der Enteignung von einem Kaufvertrag spricht. Es handelt sich jedenfalls um einen Vertrag besonderer Art.[18] In Folge seines Gebotes und des Zuschlages wird der Ersteher zur Leistung des Kaufpreises privatrechtlich verpflichtet; diese Verpflichtung übernimmt er nicht zu Gunsten des betreibenden Gläubigers oder des Grundeigenthümers, sondern zu Gunsten aller Derer, die es angeht, d. h. der auf Grund des rechtskräftigen Theilungsplanes zur Hebung Berechtigten. Faßt man den Richter als Verkäufer auf, so übernimmt er doch keinenfalls private Vertragspflichten. Er gewährt dem Ersteher das Eigenthum unmittelbar mit dem Zuschlag und ist kraft seines öffentlichen Amtes, also nicht privatrechtlich verbunden, den Ersteher in den Naturalbesitz zu setzen. Eine Klage auf Erfüllung oder Gewährleistung[19] wie bei gewöhnlichen Kaufverträgen hat der Ersteher nicht, und zwar weder gegen den betreibenden Gläubiger, noch gegen den Subhastaten, noch gegen den Richter.[20]

Da der Richter nicht als Vertreter der Antragsteller handelt, so sind diese weder befugt aus Mandat, noch aus unbeauftragter Geschäftsführung gegen ihn zu klagen. Ansprüche wegen Verschuldung des Richters sind außervertragliche, daher bloß subsidäre, und der Verjährung von 3 Jahren unterliegend.

5. Eine wichtige Frage ist das Verhältniß der Zwangsvollstreckung in Grundstücke zum Konkurse über das Vermögen des Realschuldners. Im älteren Rechte ließ der Konkurs vermöge seiner Attractivkraft keinen Raum für eine daneben laufende Zwangsvollstreckung.[21] Subhastation oder Sequestration der dem Gemeinschuldner gehörenden Grundstücke konnte daher zu Gunsten der Pfandgläubiger nur eingeleitet werden, so lange der Konkurs noch nicht

18) L. R. I, 11 § 340 besagt: „Auch bei gerichtlichen Verkäufen finden die allgemeinen Grundsätze von Kaufgeschäften überhaupt Anwendung." Aber § 341 fährt fort: „Die Abweichungen von diesen Regeln bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen sind in der Prozeßordnung bestimmt." Vgl. R. G. Bd. 19 S. 325 und R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1106 u. 1115.

19) Vgl. das Nähere unten § 350 bei Anm. 8 u. 9.

20) Eccius bei Förster Bd. 2 § 130 erscheinen unsere Auffassungen „schief". Er hat dagegen die Ansicht, daß die „Subhastationsinteressenten" die Verkäufer seien. Es bestehe eine wirkliche „oder kraft des Gesetzes anzunehmende" Willenseinigung zwischen dem Kauflustigen und den Subhastationsinteressenten. Dieselben sollen also zur Erfüllung und Gewährleistung verbunden sein. Es ist wohl nicht nöthig, auf die unbilligen Konsequenzen näher einzugehen, welche diese Ansicht mit sich führen würde. Sind doch die Subhastationsinteressenten beim Verkauf nicht nothwendig betheiligt; sie müssen ihn, sofern sie nicht Antragsteller sind, sich nur gefallen lassen. In der 6. Auflage § 130 Anm. 42 und 43 ist Eccius im Wesentlichen unserer Auffassung beigetreten.

21) A. G. O. I, 50 § 144, unten Bd. 2 § 111 bei Ziff. 2^b.

eröffnet war, eine in die Grundstücke des Gemeinschuldners bereits anhängige Zwangsvollstreckung wurde durch die Konkurseröffnung unterbrochen. Die entgegengesetzte Richtung hat die neuere preußische Gesetzgebung eingeschlagen und die Reichsgesetzgebung durchgeführt.[22] Die Realgläubiger nehmen derzeit als solche am Konkurse des Gemeinschuldners nicht mehr Theil. Die zu ihren Gunsten anhängige Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück wird folglich durch die Konkurseröffnung nicht berührt, und die Eröffnung des Konkurses hindert die Realgläubiger nicht, die Zwangsvollstreckung in die ihnen verpfändeten Grundstücke während seiner Dauer zu beantragen. Die Zinsen der hypothekarischen Forderungen laufen also auch während des Konkurses,[23] während Zinsen von bloß persönlichen Forderungen im Konkurse nicht geltend gemacht werden können.

Der Konkurs des Realschuldners hat immerhin zur Folge, daß der Konkursverwalter zum Antrag auf Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung auch seinerseits befugt wird.[24]

Die Rechte der Konkursmasse und die der Realgläubiger können in Widerstreit gerathen.

Wird nämlich während des Konkurses von Realgläubigern Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung eines zur Masse gehörigen Grundstückes betrieben, so tritt neben die allgemeine zu Gunsten der Konkursgläubiger mit der Konkurseröffnung eintretende Beschlagnahme, eine besondere und vorzüglichere zu Gunsten der betreibenden Realgläubiger. Dem Konkursverwalter liegt dann die Sonderung der beiden Massen ob. Die Realgläubiger einerseits, die Konkursgläubiger andererseits sind befugt, wenn sie die Sonderung nicht für richtig erachten, auf Berichtigung zu klagen. Jeder Realgläubiger ist, auch wenn die immobiliare Zwangsvollstreckung in das Grundstück noch nicht eingeleitet wurde, zum Einspruch berechtigt, wenn Verwerthung von beweglichen Theilen oder von Zubehörstücken des Grundstückes für die Personalgläubiger durch den Konkursverwalter betrieben wird.[25]

6. Der Gläubiger ist befugt, die Zwangsvollstreckung gegen seinen persönlichen Schuldner und in das Pfand gleichzeitig zu betreiben.[26] Es kann

---

22) Zuerst Gesetz vom 28. December 1840, dann Preußische Konkursordnung §§ 2, 263, jetzt R. K. O. § 39.

23) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 36 Abs. 4, vgl. R. K. O. § 39 Abs. 2.

24) R. K. O. § 116, Zwangsvollstreckungsgesetz § 180 ff.

25) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 206 Abs. 2. Dahin gehören auch Miethzinsen, oben § 329 Anm. 19. Ob Versicherungsgelder? vgl. Rothenberg bei Gruchot Bd. 35 S. 326.

26) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 55 S. 183.

jedoch der Schuldner, wenn er noch Eigenthümer der von ihm verpfändeten Sache ist, fordern, daß der Gläubiger zunächst aus dieser seine Befriedigung suche.[27] Dies gilt für jede Art des Pfandrechtes, also für Hypotheken, Grundschulden, Mobiliarpfandrechte. Der Rechtssatz entspricht der vermuthlichen Willensmeinung der Betheiligten bei Bestellung des Pfandes. Hiernach liegt in dem Einwand nicht ein bloßes Exekutionsbeneficium für den Schuldner, welches in Folge seiner Nichtübernahme Seitens der R. C. P. O. weggefallen wäre, sondern ein Bestandtheil des Vertragsrechtes, welches durch die Prozeßordnung nicht berührt ist. Es ergiebt sich aus diesem Grundgedanken, daß die Einrede solchen Hypotheken nicht entgegengestellt werden kann, welche der persönliche Gläubiger zwangsweise eintragen ließ.[28]

Die Einrede greift nicht ein, wenn der Gläubiger seinem Pfandrecht entsagt, sowie wenn feststeht, daß er seine Befriedigung aus dem Pfand nicht erlangen kann. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Zwangsversteigerung beantragt war, aber nicht zum Ziele führte, weil das geringste Gebot nicht erreicht wurde.

§ 344. Zwangsversteigerung. Die Interessenten des Verfahrens.

Das wichtigste und eingreifendste Mittel der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ist dessen gerichtliche Zwangsversteigerung.

I. Gerichtliche Veräußerung eines Grundstückes nennt man herkömmlicher Weise Subhastation.[1] Man unterscheidet nothwendige und freiwillige. Nothwendige ist die für Ansprüche gegen den Eigenthümer in das Werk gesetzte. Ihr Hauptfall ist die auf Antrag eines Gläubigers zur

---

27) L. R. I, 20 §§ 46. 48. Das R. O. H. G. Bd. 2 S. 220 hat aus dem Gesetze vom 11. Mai 1839 § 3 gefolgert, daß Wechselschuldner sich dieser Rechtswohlthat nicht bedienen können. — Die Einrede erwächst dem Schuldner erst in Folge des Angriffes seines übrigen Vermögens vor dem Pfand, kann daher gemäß R. C. P. O. § 686 Abs. 2 noch nach der rechtskräftigen Verurtheilung geltend gemacht werden. Dies schließt nicht aus, daß die Einrede anticipando bei Verhandlung der Hauptsache zur Anerkennung gebracht werden kann, vgl. auch R. O. H. G. Bd. 2 S. 220. Verfehlt ist aber die Auffassung von Eccius Bd. 3 § 194 Anm. 129, daß der Schuldner die Einrede bereits bei Verhandlung der Hauptsache vorbringen müsse, mit dem Antrag, seiner Verurtheilung die Maßgabe beizufügen, „daß die Zwangsvollstreckung in andere Objekte als die Pfandsache nur zulässig sein solle, wenn der Verurtheilte dieselbe veräußere oder der Gläubiger sein Pfandrecht aufgebe oder aus der Pfandsache Befriedigung nicht erlangen könne." — Der Einrede der Kompensation mit einer durch Pfand versicherten Gegenforderung steht § 46 L. R. I, 20 nicht entgegen. R. O. H. G. Bd. 24 S. 406.

28) Obertribunal nach Behrend Zeitschrift Bd. 5 S. 260.

1) Die neueste Gesetzgebung spricht von Zwangsversteigerung und vermeidet den Ausdruck Subhastation. Der Ausdruck ist aber nicht ganz zu entbehren. Denn Zwangsversteigerung umfaßt die gerichtliche Versteigerung von Mobilien — Auktion — und von Immobilien — Subhastation —, welche beide in sehr verschiedener Weise geordnet sind und geregelt sein müssen. Für die Zwangsversteigerung in Grundstücke ist ein besonderer technischer Ausdruck nöthig.

Vollstreckung seiner Forderung eingeleitete. Auch die vom Konkursverwalter sowie die vom Beneficialerben und vom Nachlaßpfleger betriebene gerichtliche Versteigerung gilt als nothwendige, da sie zur Tilgung der Ansprüche gegen den Nachlaß dienen soll. Es ist ferner die Seitens der Miteigenthümer gegen andere Miteigenthümer behufs Auseinandersetzung betriebene Subhastation eine nothwendige.[2] Freiwillige Subhastation ist die von dem Eigenthümer in eigenem Interesse nachgesuchte gerichtliche Versteigerung seiner Grundstücke, insbesondere die von sämmtlichen Miteigenthümern, wie auch die vom Vormund gerichtlich nachgesuchte Subhastation der Mündelgrundstücke.[3 4]

II. In den Fällen der nothwendigen Subhastation sind nicht bloß die Antragsteller betheiligt. Vielmehr berührt dieselbe Rechte und Interessen eines großen Kreises von Realberechtigten, denen ebendeshalb Einfluß auf das Verfahren verstattet wird. Das Gesetz bezeichnet diese Berechtigten als die Interessenten des Verfahrens.[5] Als solche zählt es auf:

1. Den Gläubiger; hierunter versteht das Gesetz denjenigen Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung gesetzlicher Währung, welcher die eingeleitete Zwangsversteigerung beantragt hat — den Haupt-Antragsteller, s. g. Extrahenten, sowie denjenigen, dessen Beitritt zum Verfahren vom Gericht zugelassen ist, den beitretenden Neben-Antragsteller, s. g. Adhärenten. — Der Beigetretene hat dieselben Rechte, wie der Haupt-Antragsteller.[6]

2. Den Schuldner. Hierunter ist der Grundeigenthümer zur Zeit der Einleitung des Zwangsverfahrens zu verstehen, mag er als solcher in das Grundbuch eingetragen sein oder nicht, mag er zugleich persönlicher Schuldner sein oder nicht.

3. Die Realberechtigten, welche zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes auf das Blatt des Grundstücks aus dem Grundbuch ersichtlich sind.

4. Diejenigen Realberechtigten, welche sich bei dem Vollstreckungsgericht als solche melden und ihre Ansprüche glaubhaft machen. Es gehören hierher namentlich nicht eingetragene Ansprüche, welche auf den Erlös

---

2) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 180 z. Anf. und Ziff. 2, sowie oben § 224.

3) Das Verfahren bei der freiwilligen Subhastation regelt die Verordnung vom 6. April 1839 und die dazu ergangene ministerielle Instruktion vom 20. Mai desselben Jahres.

4) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 44.

5) Zwangsvollstreckungsgesetz § 21.

6) Zwangsvollstreckungsgesetz § 21 Ziff. 1, §§ 13, 15, vgl. bei Gruchot Bd. 35 S. 552.

der Kaufgelder aus dem Grundstück ein s. g. absolutes Vorrecht, d. h. ein solches vor den eingetragenen Posten, haben. Ferner sind dieser Klasse zugehörig solche Realberechtigte, welche erst nach Eintragung des Versteigerungsvermerkes auf das Grundstück eingetragen wurden.

Für den Begriff der Interessenten des Verfahrens ist hiernach ein Doppeltes nothwendig, nämlich einmal ein Recht an dem Grundstück,[7] sodann zweitens Gerichtskundigkeit dieses Rechtes und zwar entweder durch das Grundbuch, oder durch Anmeldung und Glaubhaftmachung beim Vollstreckungsgericht.[8]

Im Fortgang des Verfahrens treten noch als Betheiligte hinzu die Bieter und der Ersteher. Der Ausdruck Interessenten des Verfahrens bezieht sich jedoch nicht auf sie.[9] Nicht beim Verfahren betheiligt sind persönliche Gläubiger des Subhastaten, solange deren Forderungen noch nicht vollstreckbar sind und ihr Beitritt zum Subhastationsantrag noch nicht erfolgt ist.

§ 345. Verwandtschaft der Subhastation mit dem Konkursverfahren.

Zwei Hauptgruppen von Interessenten treten uns entgegen. Die eine bilden die betreibenden Gläubiger. Sie sind in einem gewissen Grade die Herren des Verfahrens; denn bis zum Schlusse des Versteigerungstermines, also selbst nach Abgabe des Meistgebotes sind sie befugt, durch Zurücknahme des Versteigerungsantrages das Verfahren zu beendigen. Die andere Gruppe bilden die übrigen Realberechtigten. Hiernach ergeben sich einerseits Aehnlichkeiten, andererseits Verschiedenheiten des gemeinen Konkurses und des Subhastationsverfahrens.

Ein Special-Konkurs liegt insofern in der Subhastation, als das Verfahren sämmtliche Realberechtigte betrifft und den Widerstreit ihrer Rechte schlichtet.[1] Ist aber der gemeine Konkurs einmal eröffnet, so tritt der denselben beantragende Gläubiger in die Reihe der übrigen Konkursgläubiger; es liegt nicht mehr in seiner Hand, selbständig das Verfahren zum Stehen zu bringen. Beim Subhastationsverfahren findet sich Aehnliches erst vom Schluß des Versteigerungstermines an. Ferner muß der gemeine Konkurs, welcher die an-

7) Bloß persönliche Gläubiger erhalten dasselbe durch die Beschlagnahme zu ihren Gunsten, unten § 346 bei Anm. 11.

8) Das Zwangsvollstreckungsgesetz gedenkt der Interessenten des Verfahrens in den §§ 44, 45, 46 Abs. 5, 47, 49, 50, 51 Abs. 4, 60, 62 Abs. 1, 72 Abs. 1, 74 Abs. 3, 75 Ziff. 7, 77, 78, 79 Abs. 2, 82, 85, 87, 90, 95, 101 Abs. 2, 113 Abs. 6, 163 Abs. 3.

9) Vgl. Zw. V. Ges. § 21.

1) Die Motive des Entwurfes zum Zwangsvollstreckungsgesetze vom 13. Juli 1883 sprechen sich S. 54 gegen die Auffassung der Subhastation als Konkurs aus. In der That suchte man dem Gedanken, daß es sich bei der Subhastation um einen eigenartigen Konkurs von Realinteressenten handelt, möglichst wenig Raum zu geben, doch ist er so in der Sache begründet, daß er sich nothwendigerweise geltend macht. Unten § 347 Anm. 10.

theilsweise Befriedigung der Konkursgläubiger zum Ziel hat, nach der Natur der Sache möglichst unmittelbare Lösung aller Ansprüche erstreben. Im Subhastationsverfahren, in welchem nur dingliche und meist auf die Dauer angelegte Rechte betheiligt sind, ist eine solche Lösung aller Rechte der Interessenten nicht in gleichem Maße Bedürfniß.

Für die Hypotheken und Grundschulden insbesondere finden sich zwei Systeme, von denen wir das eine als das Löschungssystem, das andere als das Uebernahmesystem bezeichnen.

1. Das ältere preußische Subhastationsverfahren beruhte auf dem Löschungssystem. Noch die Subhastationsordnung vom 15. März 1869 hielt an ihm fest. Das Grundstück wurde dem Ersteher frei von Hypotheken zugeschlagen; dieselben waren sämmtlich zu löschen; das gesammte Kaufgeld war dagegen baar zu zahlen und wurde unter die Realberechtigten nach Maßgabe ihres Vorrechts vertheilt. Dieses Verfahren empfahl sich durch seinen glatten und bequemen Verlauf. Es hatte zudem den Nebenvortheil, daß die Hypothekenblätter der am meisten belasteten Grundstücke bei Gelegenheit ihrer Zwangsversteigerung von den eingetragenen, unter Umständen längst abgestorbenen Hypotheken gereinigt wurden. Endlich war das Löschungssystem allen dem betreibenden Gläubiger vorstehenden Hypotheken, welche noch nicht fällig und vollstreckbar waren, dann von Nutzen, wenn der Vermögensverfall des Schuldners die Vernachlässigung oder gar Verwüstung des Pfandgrundstückes zur Folge hatte.

Doch die Vortheile wurden durch erhebliche Nachtheile überwogen. Schon das entsprach dem materiellen Rechte nicht, daß der Gläubiger, welcher sein Kapital dauernd angelegt zu haben vermeinte, in Folge des Subhastationsantrages eines nachstehenden Gläubigers — etwa im Fall des Heruntergehens des landesüblichen Zinsfußes — vor dem vertragsmäßigen Rückzahlungstermin zur Annahme der Zahlung gezwungen wurde. Noch weniger billig war es, daß die voreingetragenen Gläubiger, auch wenn sie am Verfahren kein Interesse hatten, durch dessen Kosten belastet wurden, falls der Erlös nicht zu ihrer Deckung ausreichte, da die Kosten aus den Kaufgeldern vorweg genommen werden. Ueberhaupt bildete eine Härte, daß die voreingetragenen Gläubiger in einem Verfahren, welches ein nachstehender Gläubiger ohne ihren Willen betrieb, ausfallen konnten. Dieses System, welches die einmal beantragte Zwangsversteigerung rücksichtslos zur Durchführung bringt, trotzdem das Meistgebot nicht einmal zur Tilgung der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Berechtigten ausreicht, war endlich auch dem Schuldner gegenüber nicht zu rechtfertigen, welcher in solchem Falle ohne Nutzen für den betreibenden Gläubiger seines Grundstücks verlustig ging.

Man beruhigte sich zwar damit, daß in Folge der Durchführung des Versteigerungsverfahrens regelmäßig an die Stelle eines schlechten und nachlässigen ein tüchtiger und fleißiger Wirth trete. Dies ist jedoch keineswegs allgemein zutreffend. Es kommt hinzu, daß die Anforderung der Baarzahlung des gesammten Kaufpreises den Kreis der Bieter einschränkt, ohne daß doch damit unsolide Bieter nothwendig abgeschreckt werden, da das Versprechen der Baarzahlung die wirkliche Baarzahlung nicht gewährleistet.

2. Das Gesetz vom 13. Juli 1883 über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen hat das Uebernahmesystem zu Grunde gelegt. Hierfür waren besonders die statistischen Erhebungen maßgebend, nach welchen eine sehr große Zahl von Subhastationen — der vierte bis fünfte Theil der Gesammtzahl — mit dem Ergebniß endigte, daß die dem Antragsteller vorgehenden Gläubiger nicht zur vollen Befriedigung kamen. Nach dem Uebernahmesystem werden die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden eingetragenen Pfandrechte, soweit es sich um das Kapital handelt, nicht abbezahlt und gelöscht, sondern vom Ersteher übernommen. Baar zu berichtigen hat der Ersteher deren Nebenansprüche — Zinsen, Kosten — und die nicht eingetragenen Realansprüche. Es wird ferner die Zwangsversteigerung nur fortgesetzt, wenn ein Gebot erzielt wird, welches mindestens die dem Antragsteller vorgehenden Realansprüche, durch Uebernahme und, soweit das Gesetz dies fordert, durch Baarzahlung, zu decken verspricht. Die Abgabe eines solchen „geringsten Gebotes" ist hiernach gesetzliche Voraussetzung des Zuschlages.

§ 346. Die Realberechtigten und ihre Rangordnung.

I. Vorweg sind die allgemeinen Kosten des Verfahrens aus den baar zu zahlenden Kaufgeldern zu entnehmen. Diese Kosten muß das geringste Gebot unter allen Umständen decken. Mitverhaftet ist für sie der betreibende Gläubiger, welcher das Verfahren bis zum Zuschlag fortsetzte.[1]

II. Es folgen die Realberechtigten. Zum Verständniß ihrer Rangordnung ist vorauszuschicken, daß das Gesetz unter „laufenden Leistungen" diejenigen versteht, welche seit dem letzten der Beschlagnahme vorhergehenden Fälligkeitstermin erwuchsen, und daß von demselben

---

1) Zwangsvollstreckungsgesetz § 84, § 54. Zu den allgemeinen Kosten des Verfahrens sind nicht zu rechnen solche, die zunächst im Interesse einzelner Betheiligter aufgewendet wurden. Es gehören hierher die Kosten der Einleitung des Verfahrens und des Beitrittes eines Gläubigers, ferner Vertretungskosten einer Partei, nicht weniger die Kosten eines im Interesse einer Partei eingelegten Rechtsmittels, sowie die Kosten nachträglicher Vertheilungsstreitigkeiten. Die Kosten des Zuschlagsurtheils trägt der Ersteher, cit. § 84 Abs. 1.

Termine an rückwärts die „Rückstände gerechnet werden;“ und zwar ist die erste Beschlagnahme im anhängigen Versteigerungsverfahren, — wenn aber eine Zwangsverwaltung vorausging und bis zur Einleitung der Versteigerung fortgesetzt wurde, die erste Beschlagnahme im Zwangsverwaltungsverfahren gemeint.[2] Die Rangordnung nun, welche für das geringste Gebot und für die Vertheilung der Kaufgelder entscheidet, ist folgende:[3]

1. Zunächst zu berücksichtigen sind — ihre Anmeldung vorausgesetzt — gewisse absolut privilegirte Ansprüche in nachstehender Reihenfolge:

a) Zwangsverwaltungskosten. Ging nämlich eine Zwangsverwaltung voraus, und hat der sie betreibende Gläubiger für dieselbe aus den Einkünften nicht berichtigte Ausgaben zur Erhaltung und nöthigen Verbesserung des Grundstückes gemacht,[4] so kann er deren Erstattung aus den Kaufgeldern verlangen. Unter Anderm können hierher gehören gezahlte Versicherungsprämien, auch die Vergütung des Verwalters.[5] Es ist nicht erfordert, daß der liquidirende Gläubiger auch die Zwangsversteigerung betreibt. Die Zwangsverwaltung muß aber bis zum Zuschlag fortgesetzt sein.

b) Deichlasten und zwar die laufenden, zur Erfüllung der Deichpflicht erforderlichen Beträge und Leistungen, sowie Rückstände aus den 2 letzten Jahren.[6]

c) Liedlohn. Gutem altem deutschen Rechte entsprechend sind bevorzugt die aus Gesinde- und Dienstverträgen herrührenden laufenden und aus dem letzten Jahre rückständigen Ansprüche derjenigen Personen, welche zur Bewirthschaftung eines landwirthschaftlichen Grundstückes oder zum Betriebe der mit ihm verbundenen ländlichen Nebengewerbe dauernd angestellt waren.[6]

---

2) Zwangsvollstreckungsgesetz § 36.

3) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 24—28. Vgl. Preuß. Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 41 ff.

4) Das entsprechende Privilegium ist im Fall der Zwangsverwaltung bezüglich der Einkünfte etwas weiter gefaßt. Zwangsvollstreckungsgesetz § 148.

5) R. G. Bd. 25 S. 227 nimmt dies nur in beschränkterem Umfange an.

6) Zwangsvollstreckungsgesetz § 26, vgl. R.K.O. § 54 Ziff. 1. Für Bergarbeiter bestimmt Entsprechendes Zwangsvollstreckungsgesetz § 159 Abs. 1. Vgl. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 366 „der Lohn ist das Patrimonium der arbeitenden Klassen“. Unter landwirthschaftlichen Grundstücken sind Wiesen und Forsten mitzuverstehen. Ein dauerndes Dienstverhältniß liegt auch vor, wenn rechtlich dem Grundeigenthümer die Aufhebung freistand, falls es sich thatsächlich um ein dauerndes Verhältniß handelt. Vgl. R. G. Bd. 27 S. 223. Daß das Gesindeverhältniß noch zur Zeit der Beschlagnahme bestand, oder daß wenigstens vom Gesinde schon geklagt sei, wie Entsch. d. O. Trib. Bd. 52 S. 465 verlangte, ist nicht erfordert, vgl. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 367. Entschädigungsansprüche des Gesindes wegen vorzeitiger Kündigung oder Beschädigungen will man vielfach nicht als Dienstbezüge gelten lassen. So auch unten Bd. 2 § 123 Ziff. 1. Es ist mir dies aber zweifelhaft geworden. Denn wenn das Ge-

d) Weiter sind privilegirt die laufenden, auf dem Grundstück lastenden, unmittelbaren, an den Staat zu entrichtenden Abgaben und deren Rückstände aus den beiden letzten Jahren. Auch die an Rentenbanken und Staatskassen zu entrichtenden Ablösungsrenten haben dies Vorrecht.[7]

e) Die laufenden, auf dem Grundstücke lastenden gemeinen Lasten und die Rückstände derselben aus den beiden letzten Jahren kommen an fünfter Stelle.[8]

2. Nun erst folgen — sechstens — die übrigen, zur Zeit der Einleitung der Zwangsvollstreckung im Grundbuch eingetragenen Rechte. Untereinander ordnen sie sich in Gemäßheit der Grundbuchgesetze.[9] Realrechte, welche nach der Beschlagnahme des Grundstückes entstanden sind, gehören in diese Klasse nicht.

3. Die siebente Klasse endlich bilden die Forderungen der betreibenden Gläubiger, für welche das Grundstück in Beschlag genommen ist, soweit sie nicht einer früheren Stelle angehören, sowie die nach der Beschlagnahme des Grundstückes entstandenen Realansprüche. Die Forderungen beider Art ordnen sich unter einander so, daß der frühere Zeitpunkt, sei es der Beschlagnahme, sei es der Entstehung des dinglichen Rechtes, die Reihenfolge bestimmt.[10]

Es erhalten also die betreibenden Gläubiger mit der Beschlagnahme ein Pfandrecht,[11] ähnlich wie solches durch die Pfändung beweglicher Sachen entsteht. Nach der Beschlagnahme bilden hiernach die Subhastationsakten ein Zubehör des Grundbuches.

4. An der Stelle, an welcher ein eingetragener Realanspruch zu berücksichtigen ist, sind in folgender Reihenfolge zu berichtigen:[12]

a) diejenigen Kosten der Eintragung, Kündigung, Einklagung, Beitreibung und Liquidirung, für welche das Grundstück haftet,

b) laufende Zinsen oder andere Leistungen,

---

setz auch zunächst nur „laufende Bezüge" im Auge hat, so führt der Grundgedanke des Gesetzes weiter.

7) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 27. Pr. Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 48.

8) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 28, Pr. K. O. § 49. Ueber den Begriff der gemeinen Lasten oben § 306. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 369. — Das Zwangsvollstreckungsgesetz § 159 Abs. 2 zählt hierher auch die von dem Bergwerksbesitzer geschuldeten Beiträge zu den Knappschafts- und Krankenkassen.

9) Zwangsvollstreckungsgesetz § 29, vgl. oben § 200 und 333.

10) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 30.

11) Das R. G. freilich hat Bd. 12 S. 262, Bd. 19 S. 295 die Auffassung, daß im Fall der Zwangsversteigerung der betreibende Gläubiger ein Pfandrecht erhalte, entschieden abgelehnt. Vgl. hierüber Dernburg Pr. Hyp. R. S. 371.

12) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 35.

c) Rückstände der Zinsen und Leistungen aus den letzten 2 Jahren,

d) das Kapital der Forderung und, sofern es sich um eine Last handelt, welche auf den Ersteher nicht übergeht, deren Ablösungswerth.

5. Die älteren als zweijährigen Rückstände an Zinsen und wiederkehrenden Hebungen bilden eine letzte — die achte — Klasse. Unter einander ordnen sie sich nach Maßgabe des Vorrangs der Ansprüche, welchen sie zugehören.[13]

6. Der nach Berichtigung aller Realansprüche verbleibende Ueberschuß der Kaufgelder gebührt dem Schuldner — Subhastaten — beziehungsweise seiner Konkursmasse. Persönliche Gläubiger des Schuldners erhalten Ansprüche bezüglich dieses Ueberschusses, wenn sie sich die Forderung des Subhastaten auf denselben gerichtlich überweisen lassen oder wenn sie denselben mit Arrest belegen. Unter Mehreren giebt die frühere Pfändung ein Vorrecht.

§ 347. Das Verfahren bis zur Versteigerung.

Das Verfahren geht, einmal eingeleitet, seinen Gang von Amtswegen. Der Vollstreckungsrichter vollzieht einerseits den Verkauf und die Vertheilung, andererseits erledigt er die durch das Verfahren hervorgerufenen Streitigkeiten. Gegen seine bezüglichen Entscheidungen ist nach Maßgabe der R.C.P.O. sofortige Beschwerde zulässig; wenn die Entscheidung über diese einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält, steht weitere Beschwerde offen.[1] Soweit es angänglich war, wurden Fragen des materiellen Rechtes, über welche sich in dem Subhastationsverfahren Streit erhebt, dem gewöhnlichen Prozeßverfahren zugewiesen.

Im Einzelnen gestaltet sich das Subhastationsverfahren wie folgt:

1. Die Einleitung des Verfahrens geschieht durch das Vollstreckungsgericht auf einseitigen Antrag des Gläubigers.[2]

Zu seiner Begründung ist ein gegen den Eigenthümer des Grundstückes vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich. Und zwar muß derselbe in der Regel mit der Vollstreckungsklausel versehen sein.[3 4] Er ist dem Antrage beizufügen.

---

13) Zwangsvollstreckungsgesetz § 37. Nach früherem Recht war die Rangordnung bestritten.

1) Maßgebend ist R. C. P. O. § 701, für das Zuschlagsurtheil aber Zwangsvollstreckungsgesetz § 86 ff.

2) Ueber den erforderlichen Inhalt des Antrages siehe Zwangsvollstreckungsgesetz § 13. Die Bezeichnung „des Gerichtes" im Antrage selbst ist aber nicht nothwendig, wenn der Antrag an die richtige Adresse gerichtet und an dieselbe gelangt ist.

3) Ueber die Ausfertigung der Vollstreckungsklausel gegen den Rechtsnachfolger des rechtskräftig verurtheilten Eigenthümers des Grundstückes bestimmt R. C. P. O.

Ferner muß das Eigenthum des Schuldners dargethan werden. Dies geschieht, wenn er im Grundbuch eingetragen ist, durch Bezugnahme auf das Grundbuch des Vollstreckungsgerichts oder, wenn dasselbe bei einem anderen Amtsgericht geführt wird, durch dessen Bescheinigung. Ist der Schuldner nicht als Eigenthümer eingetragen, so ist sein Eigenthum durch öffentliche Urkunden glaubhaft zu machen. Zur Feststellung des Grundstückes und zur annähernden Ermittelung seines Werthes verlangte die ältere Gesetzgebung Aufnahme einer Taxe. Seit der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 sieht man von der Taxe ab. Man nahm an, daß die Angaben der Steuerrollen für jene Zwecke genügten. Es soll daher, wo dies angänglich ist, ein das Grundstück betreffender jüngster Auszug aus den Steuerrollen dem Versteigerungsantrag beigelegt werden.[5]

Beitritt zum Verfahren ist in entsprechender Weise zu begründen.[6]

Schon das Anbringen des Versteigerungsantrags kann den Vollstreckungsrichter veranlassen, den Grundbuchrichter um Eintragung eines Vermerks im Grundbuch zu ersuchen, dahin lautend, daß die Zwangsversteigerung beantragt sei; er muß dies Ersuchen stellen, sobald er das Verfahren eingeleitet hat.[7] Man bezeichnet diese Eintragung als „Versteigerungsvermerk".[8]

---

§ 665, vgl. § 44 des E. E. G. vom 5. Mai 1872. Daß vollstreckbare Urkunden auch gegen Sondernachfolger dessen vollstreckbar seien, welcher sich vertragsmäßig der Vollstreckung unterwarf, behaupten Viele, u. A. Kurlbaum Subhastationsordnung S. 22, dagegen Dernburg Pr. Hyp. R. S. 353. Mit Recht hebt Hinrichs Studien S. 36 hervor, daß jene Urkunden vollstreckbar in das gesammte Vermögen des Schuldners sind und eine Beziehung zu einem bestimmten Grundstück nicht haben, so daß, wenn sie vollstreckbar gegen Sondernachfolger wären, damit Vollstreckbarkeit in das gesammte Vermögen derselben erreichbar sein müßte; vgl. auch oben § 102 Anm. 18. Die Frage der Vollstreckbarkeit hat der Subhastationsrichter nicht zu prüfen; ihm genügt die Vorlegung des gesetzmäßig mit der Vollstreckungsklausel versehenen Schuldtitels.

4) In einigen Fällen bedarf es zur Begründung des Subhastationsantrages einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Schuldtitels nicht. Dies gilt namentlich für die im dritten Abschnitt des Zwangsvollstreckungsgesetzes behandelten „besonderen Fälle" der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung, §§ 180—187, oben § 344, ferner nach dem Vorbehalt des § 203 des Zwangsvollstreckungsgesetzes für das Recht der Kreditdirektionen privilegirter landschaftlicher Kreditinstitute bezüglich der von ihnen bepfandbriefsten Güter. Auch bei der Subhastation nach Zwangsvollstreckungsgesetz § 128 — unten § 352 Anm. 1 — bedarf es der Ertheilung einer Vollstreckungsklausel nicht, selbst nicht gegenüber Sondernachfolgern des Erstehers.

5) Zwangsvollstreckungsgesetz § 14.

6) Zwangsvollstreckungsgesetz § 15.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz § 18. Es wird nicht mehr wie früher eingetragen, „daß die nothwendige Subhastation eingeleitet sei." Die Gründe geben die Motive S. 19 an. Uebrigens kann der Subhastationsrichter nach der Fassung des Gesetzes die Eintragung des Antrages verfügen, auch wenn er die Einleitung der Subhastation noch nicht zu beschließen in der Lage ist. Dem Ersuchen der Eintragung des Versteigerungsvermerkes muß der Grundbuchrichter nachkommen, oder etwaige aus dem Grundbuch sich ergebende Anstände, z. B. daß der Schuldner der voll=

2. Die Einleitung des Verfahrens sowie die Zulassung des Beitritts zu demselben geschieht durch Beschluß des Vollstreckungsrichters.[9]

In dem Beschluß ist zugleich die Beschlagnahme des Grundstückes zu Gunsten dessen anzuordnen, welcher den Beschluß beantragt hat.[10] Diese Beschlagnahme wird durch die von Amtswegen geschehende Zustellung des Beschlusses an den Schuldner vollzogen;[11] gegen Drittschuldner einer subjektiv dinglichen Forderung wird sie mit der Zustellung an diese wirksam. Dritterwerber eingetragener Rechte gelten nicht als gutgläubig, wenn ihnen zur Zeit des Erwerbes die Beschlagnahme oder der Versteigerungsantrag bekannt war. Nach Eintragung des Versteigerungsvermerkes gilt der Antrag als bekannt;[12] desgleichen gilt fortan als bekannt ein späterer Beitrittsantrag, sobald er gestellt ist. Es sind dies gesetzliche Fiktionen.

In Folge der Beschlagnahme ist jede rechtliche Verfügung des Schuldners über das Grundstück und dessen Zubehör dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam[13] [14] und jede thatsächliche Einwirkung auf dasselbe,

---

streckbaren Forderung nicht Eigenthümer des bezüglichen Grundstückes ist, dem Vollstreckungsrichter mittheilen, G. B. O. § 41.

8) Das Zwangsvollstreckungsgesetz wendet diesen Ausdruck im § 40 Ziff. 8 an.

9) R. C. P. O. § 755 Abs. 2. Vgl. Neukamp bei Gruchot Bd. 35 S. 564. Zwangsvollstreckungsgesetz § 16 Abs. 1. Gegen die Zurückweisung des Antrages steht sofortige Beschwerde offen, vgl. oben Anm. 1.

10) Zwangsvollstreckungsgesetz § 16. Anders nach § 9 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869. Hiernach trat die Beschlagnahme ein zu Gunsten der Extrahenten, der Adhärenten und aller zur Zeit der Einleitung der Subhastation vorhandenen Realgläubiger. Die Neuerung ist bedenklich. Der betreibende Gläubiger ist hiernach berechtigt, dem Schuldner einzelne Zubehörstücke beliebig frei zu geben. Man wollte der Subhastation den Charakter eines Konkurses völlig nehmen. Dies konnte nicht gelingen. Vgl. Dernburg Pr. Hyp. R. S. 384 über die „Spitzfindigkeiten" des Gesetzes. — Nach der Subhastationsordnung von 1869 wurde das Grundstück durch die Beschlagnahme „litigios"; dies war unklar und ist jetzt aufgegeben.

11) Zwangsvollstreckungsgesetz § 16 Abs. 3. Nach R. C. P. O. § 671 darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn das Urtheil mit der Vollstreckungsklausel bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Nach der Fassung des Zwangsvollstreckungsgesetzes liegt erst in der Zustellung des Einleitungsbeschlusses Beginn der Zwangsvollstreckung, so daß der Einleitungsbeschluß vor der Zustellung des vollstreckbaren Urtheils gefaßt werden darf.

12) Zwangsvollstreckungsgesetz § 17. Vor dem Einlaufen des Gesuches um Eintragung des Versteigerungsantrages angemeldete Hypotheken sind buchmäßig als dem Sperrvermerk vorgehend zu bezeichnen. Die Frage des guten Glaubens ist nach der Zeit ihrer Anmeldung zu bemessen.

13) Der Subhastat kann das Grundstück trotz der Beschlagnahme veräußern, auch mit dinglichen Rechten, insbesondere Hypotheken beschweren, jedoch nur unbeschadet des aus der Beschlagnahme erwachsenen Rechtes des Gläubigers. Eine Folge der Beschlagnahme ist, daß die eingeleitete Zwangsversteigerung gegen den Erwerber des Grundstückes, welcher vom Subhastationsantrag oder von der Beschlagnahme Kenntniß hatte, fortgesetzt werden kann. Zwangsvollstreckungsgesetz, § 17 Abs. 2, verstattet solche Fortsetzung des Verfahrens für den Fall, daß das Grundstück zur Zeit der Erwerbung dem Gläubiger dinglich verhaftet ist, auch dann, wenn der neu ein-

welche das Recht des Gläubigers schädigt, unerlaubt und strafbar.[15] Die Beschlagnahme entzieht aber dem Schuldner Benutzung und Verwaltung des Grundstückes und seines Zubehöres nicht;[16] sie bezieht sich daher auf landwirthschaftliche Erzeugnisse und die für dieselben dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder insoweit nicht, als die Erzeugnisse zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind; sie betrifft Mieth- und Pachtzinsen und sonstige Hebungen[17] überhaupt nicht. Im Fall der Einleitung einer Zwangsverwaltung treten weitergehende Beschränkungen des Schuldners ein.[18]

Der Grundbuchrichter hat nach Eintragung des Versteigerungsvermerkes dem Vollstreckungsrichter beglaubigte Abschrift des bezüglichen Grundbuchblattes und solcher zu den Grundakten eingereichten Urkunden mitzutheilen, auf welche eine Eintragung im Buche als Ergänzung verweist. Ergiebt sich aus der Mittheilung des Grundbuchrichters ein Hinderniß gegen die Einleitung der Zwangsversteigerung, z. B. die Eigenschaft des Grundstückes als Fideikommiß, so ist das Verfahren aufzuheben; handelt es sich um ein Hinderniß, welches beseitigt werden kann, so ist dem Gläubiger aufzugeben,[19] dasselbe binnen angemessener Frist zu beseitigen und die Beseitigung nachzuweisen, widrigenfalls die Zwangsvollstreckung aufzuheben ist.

---

tretende Erwerber weder von der Beschlagnahme noch dem Versteigerungsantrage Kenntniß hat.

14) Bestritten ist die Einwirkung der Beschlagnahme auf Posten, welche dem betreibenden Gläubiger in der Ordnung der Realansprüche vorgingen, aus welchen aber materielle Gläubigerrechte noch nicht erwachsen sind. Anerkenntnisse, welche der Schuldner bezüglich solcher Posten noch abgiebt, haben keinenfalls Verbindungskraft gegen den betreibenden Gläubiger; wieweit sie Beweiskraft ihm gegenüber haben, befindet richterliches Ermessen. Kann aber insbesondere dem vorher eingetragenen Gläubiger der Einwand entgegengestellt werden, daß er die Valuta des für ihn eingetragenen Darlehens erst nach der Beschlagnahme an den Schuldner zahlte oder daß er erst nachher den durch die voreingetragene Kautionshypothek gedeckten Kredit gewährte? Wenn der Gläubiger in Folge einer früheren Vereinbarung mit dem Schuldner zum Anspruch berechtigt war, daß dieser Valuta von ihm entnehme, oder wenn er gar verpflichtet war, dieselbe zu gewähren, steht ihm die Beschlagnahme nicht entgegen. Durch neue Vereinbarungen kann aber die Kreditgewährung nicht zum Nachtheil des Nachhypothekars, welcher die Beschlagnahme erwirkt hat, ausgedehnt werden.

15) Strafgesetzbuch § 137. Zur Strafbarkeit ist Bewußtsein der Widerrechtlichkeit nothwendig.

16) Die Beschlagnahme hindert den Subhastaten nur an solchen Verfügungen, welche in der Absicht geschehen, die Gläubiger zu benachtheiligen. Das Princip ist im Zwangsvollstreckungsgesetz in konkrete Einzelbestimmungen umgesetzt. — Vgl. bei Gruchot Bd. 35 S. 554 ff.

17) Hebungen sind z. B. die Einkünfte aus subjektiv dinglichen Rechten, vgl. oben § 329 bei Ziff. 6.

18) Vgl. R. G. Bd. 23 S. 56. Der Realgläubiger kann auch die der Beschlagnahme entzogenen Gegenstände im Wege der Mobiliarexekution pfänden. R. C. P. O. § 708, vgl. aber auch § 715 Ziff. 5.

19) Zwangsvollstreckungsgesetz § 20.

3. Der Vollstreckungsrichter hat nach Zustellung des Einleitungsbeschlusses an den Schuldner und nach Eingang der Mittheilungen des Grundbuchrichters, sofern sich keine Hinderungsgründe ergeben, den Versteigerungstermin mittels öffentlicher Bekanntmachung — Subhastationspatent — zu bestimmen.[20] Der Termin ist für gewöhnlich auf 6 Wochen bis 3 Monate, längstens auf 6 Monate hinauszurücken.[21] Das Patent enthält keineswegs einen Verkaufsantrag; dasselbe bildet nur eine allgemeine Aufforderung zur Abgabe von Geboten, so daß der Antrag zum Geschäftsschluß erst im Gebote des Ansteigerers liegt. Außer der Anzeige des Versteigerungstermines enthält das Patent ein Aufgebot der Realberechtigten sowie des Eigenthümers. Die Realberechtigten werden aufgefordert, ihre nicht von selbst auf den Ersteher übergehenden Ansprüche, deren Vorhandensein oder Betrag aus dem Grundbuche zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks nicht hervorging, spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten anzumelden und, falls der betreibende Gläubiger widerspricht, glaubhaft zu machen, widrigenfalls dieselben bei Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt werden und bei Vertheilung des Kaufgeldes gegen die berücksichtigten Ansprüche im Rang zurücktreten.[22] Wer Eigenthum des Grundstücks beansprucht, wird aufgefordert, vor Schluß des Versteigerungstermines die Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, widrigenfalls nach erfolgtem Zuschlag das Kaufgeld in Bezug auf den Anspruch an die Stelle des Grundstückes tritt.[23]

Von größter Wichtigkeit ist die gehörige Bekanntmachung des Patentes, damit alle Betheiligten in der Lage sind, ihre Rechte, welche durch das Verfahren bedroht werden, zu wahren. Zu diesem Zwecke geschieht einmal allgemeine Veröffentlichung des Patentes in bestimmten, gesetzlich geregelten Formen, außerdem besondere Ladung durch Zustellung des Patentes an die bei Erlaß der Bekanntmachung gerichtsbekannten Interessenten.[24]

20) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 39, 40. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 389.

21) Zwangsvollstreckungsgesetz § 42.

22) Zwangsvollstreckungsgesetz § 40 Ziff. 8.

23) Zwangsvollstreckungsgesetz § 40 Ziff. 9. Vgl. oben § 189, § 329 Anm. 5. Selbst ein im Zuschlagsurtheil gemachter Vorbehalt kann den Eintritt dieser gesetzlichen Folge nicht hindern; R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1114.

24) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 39, 46, 47. Die Zustellung der Ladung muß mindestens 14 Tage vor dem Termine geschehen. — Es ist nach § 75 des Gesetzes ein Widerspruchsgrund gegen den Zuschlag, wenn ein Interessent „nicht gehörig geladen ist." Dies geschah auch dann nicht, wenn die Bekanntmachung den gesetzlichen Anforderungen dem Inhalt nach nicht entsprach, insbesondere wenn die Bezeichnung des

4. Ueber Zustellungen im Verfahren enthält das Gesetz besondere Vorschriften: Zustellungen, welche außerhalb des Bezirkes des Subhastationsrichters zu machen sind, erfolgen durch Aufgabe zur Post; sie sind mit der Bezeichnung „einschreiben" zu versehen. Ist weder aus einer zu den Vollstreckungsakten gemachten Mittheilung des Grundbuchrichters, noch aus einer Anzeige des Betheiligten der Wohnort des Letzteren oder seines Vertreters zu ersehen, oder kommt eine Postsendung als unbestellbar zurück, so erfolgen die Zustellungen an einen vom Vollstreckungsgericht zu ernennenden Zustellungsbevollmächtigten, welchem die Ermittelung und Benachrichtigung des Betheiligten obliegt.[25]

5. Einwendungen des Subhastaten gegen die Versteigerung — auf Grund behaupteter voller Befriedigung des Gläubigers oder in Folge anderer Einreden — sowie Widerspruchsrechte Dritter, heben die Zwangsversteigerung nur auf, wenn dies der Prozeßrichter, oder in gewissen besonders bezeichneten Fällen der Vollstreckungsrichter, verfügt.[26] War das Widerspruchsrecht zwar begründet, aber nicht rechtzeitig glaubhaft gemacht, so bewirkt es nicht die Aufhebung der Veräußerung, sondern erzeugt nur Ansprüche auf die Kaufgelder, unter Umständen auf Schadensersatz.[27]

§ 348. Die Versteigerung.

1. Die eigenartigen Regeln, nach welchen sich die Rechte und Pflichten des Erstehers in der Zwangsversteigerung bestimmen, sind zum Theil unabänderliche — essentielle —, beispielsweise, daß der Ersteher durch den Zuschlag Eigenthum erwirbt; zum anderen Theil sind sie nichtzwingende, welche der Abänderung durch die Betheiligten unterliegen — die s. g. gesetzlichen Kaufbedingungen.

Gesetzliche Kaufbedingungen sind nur abänderbar durch Uebereinstimmung aller Interessenten des Verfahrens, deren Rechte durch die Abänderung berührt werden.[1] Beispielsweise können sich die

---

Gegenstandes undeutlich und unzutreffend war. Ungenauigkeiten in der Bezeichnung, welche an der Identität nicht irre machen konnten, kommen nicht in Betracht.

25) Zwangsvollstreckungsgesetz § 4 das Nähere. Das Recht zur Vertretung im Verfahren liegt dem Zustellungsbevollmächtigten nicht ob. Wird Vertretung erforderlich, so ist gegebenen Falls ein Vormund des Abwesenden zu bestellen, welcher mit der Verfügung über dessen Vermögen auch die Mittel hat, nachhaltig einzugreifen.

26) Die bezüglichen, zum Theil recht unbilligen Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsgesetzes §§ 70, 71 sind erörtert bei Dernburg Pr. Hyp. Recht S. 387.

27) Betraf das Widerspruchsrecht nur einen Theil des Grundstückes oder eines Zubehörs desselben, so kann in der Regel nicht dessen voller Sachwerth, sondern nur ein verhältnißmäßiger Theil der Kaufgelder gefordert werden R. G. Bd. 8 S. 204.

1) Zwangsvollstreckungsgesetz § 45 Abs. 1. Es ist selbstverständlich, daß zu solchen Interessenten auch der Schuldner gehört; § 57 Abs. 4 enthält eine Ausnahmebestim=

Interessenten dahin vereinigen, daß der Kaufpreis in Terminen gezahlt, das Grundstück in Trennstücken veräußert wird. Neben die gesetzlichen Kaufbedingungen dürfen willkürliche treten. Ihre Einfügung kann jeder Interessent selbständig verlangen, wenn er durch sie allein belastet wird, z. B. die Uebernahme einer Gewährleistung, wie sie bei freiwilligen Verkäufen stattfindet.

Besondere Abfassung der gesetzlichen Kaufbedingungen hat nur zu geschehen, wenn die Frage, wie sich dieselben im gegebenen Falle gestalten, einer Feststellung bedarf. Namentlich muß das geringste Gebot besonders festgestellt werden.[2] Feststellungen, Abänderungen und Ergänzungen der gesetzlichen Kaufbedingungen sind stets vor Beginn der Versteigerung bekannt zu machen.[3]

Ueber die Kaufbedingungen und insbesondere über die Feststellung des geringsten Gebotes können vor der Versteigerung — nöthigenfalls unter Anberaumung eines Termines — Erörterungen der Betheiligten durch den Subhastationsrichter herbeigeführt werden.[4] Es soll hierdurch eine Anpassung der Kaufbedingungen an die besondere Lage des Einzelfalles gefördert und die Feststellung des geringsten Gebotes, wo sie voraussichtlich im Versteigerungstermin zu Weitläufigkeiten führt, thunlichst vorbereitet werden.

2. Das geringste Gebot ist dasjenige, mit welchem die Ansteigerung beginnen kann; niedrigere Gebote sind unzulässig.[5]

Das geringste Gebot ist nach dem Betrag der Ansprüche festzusetzen, welche dem Antragsteller oder, wenn Mehrere — als Hauptantragsteller oder Beitretende — beim Antrag betheiligt sind, dem bestberechtigten Antragsteller vorgehen.[6] Da aber diese Ansprüche nicht liquid sein müssen und die Versteigerung nicht vertagt werden kann, bis sie durch Anerkennung oder rechtskräftiges Urtheil liquid sind, so ist behufs Feststellung des geringsten Gebotes eine Schätzung nach dem Anschein durch den Subhastationsrichter vorzunehmen, welche natürlich nur ein annäherndes Ergebniß liefert.[7] Hierbei sind:

---

mung. Nothwenig ist aber, daß das „Recht" des Interessenten berührt wird. Es genügt nicht ein „Interesse" bei der Nichtabänderung.

2) Zwangsvollstreckungsgesetz § 53.

3) Nur besonders festzustellende Bedingungen hat im Auge Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 61, 83 Abs. 1.

4) Zwangsvollstreckungsgesetz § 45 Abs. 3. Dies kann auch ohne Antrag geschehen.

5) Selbstverständlich sind aber auch derartige Gebote zu protokolliren. Wird nur ein niedrigeres Gebot abgegeben, so ist das Verfahren abzubrechen. Es bedarf dann keines Urtheiles über die Versagung des Zuschlages.

6) Erfolgte der Beitritt eines Gläubigers erst auf einen innerhalb der beiden letzten Wochen vor dem Termin gestellten Antrag, so wird er bei Feststellung des geringsten Gebotes in der Regel nicht berücksichtigt, siehe Zwangsvollstreckungsgesetz § 54 Abs. 2.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz § 55 ff.

a) die zur Zeit des Versteigerungsvermerkes eingetragenen Rechte, deren Höhe sich nach dem Grundbuch annähernd bestimmen läßt, ohne Anmeldung zu berücksichtigen. Laufende Zinsen verzinsbarer Hypotheken, sowie laufende Hebungen, beide bis zu dem für die Verkündigung des Zuschlagsurtheils bestimmten Termin, sind dem eingetragenen Kapital hinzuzurechnen. Kautionshypotheken werden nach dem eingetragenen Höchstbetrag bemessen, bedingte Ansprüche wie unbedingte behandelt, Gesammthypotheken bei jedem verhafteten Grundstück voll angeschlagen.

b) Anmeldung[8] — und zwar spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten — ist erfordert für Eintragungen, welche nach Eintragung des Versteigerungsvermerkes erfolgen, ferner für eingetragene Hypotheken unbestimmter Höhe ohne eingetragenen Höchstbetrag, und überhaupt für eingetragene Ansprüche, deren Betrag in Geld oder anderen Leistungen sich aus dem Grundbuche nicht festsetzen läßt, endlich für nicht eingetragene Realansprüche. Beim Widerspruch eines betreibenden Gläubigers ist die Glaubhaftmachung der anzumeldenden Ansprüche erforderlich. Rückstände eingetragener Zinsen und eingetragener wiederkehrender Hebungen jedoch bedürfen zwar der Anmeldung, aber nicht der Glaubhaftmachung.

Durch das geringste Gebot ist Uebernahme des Kapitalbetrages der berücksichtigten eingetragenen Posten, Baarzahlung, für deren Accessorien — d. h. für laufende oder rückständige Zinsen, und Hebungen und Kosten jener Posten — desgleichen für die nicht eingetragenen, auf den Ersteher nicht von selbst übergehenden Realansprüche zuzusagen. Eine Umwandlung der nicht auf inländische Währung lautenden Posten, z. B. von Pfandbriefdarlehen in eine Summe inländischer Währung ist bei der Uebernahme nicht erforderlich.

Die Feststellung des geringsten Gebotes hat bloß Bedeutung für den Gang der Versteigerung. Das materielle Recht wird durch das geringste Gebot nur insofern berührt, als bei der Kaufgeldervertheilung an sich vorgehende, aber aus der dem Subhastationsrichter mitgetheilten Abschrift des Grundbuchblattes nicht ersichtliche, deshalb nicht berücksichtigte Ansprüche hinter den im geringsten Gebote berücksichtigten zurücktreten, falls letztere sich bewahrheiten.[9] Dagegen haben die in das geringste

8) Ueber Anmeldung ohne Auftrag der Betheiligten vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1112.

9) Zwangsvollstreckungsgesetz § 108. Der Ersteher wird übrigens aus der Uebernahme der Hypothek nur verbunden nach Maßgabe seines Gebotes. Wenn daher beispielsweise die zu übernehmende Post des A im Grundbuch auf 1000 Thaler lautete und die Post im Hypothekenscheine irrthümlich auf 1000 Mark angegeben, diese Summe

Gebot aufgenommenen Ansprüche keineswegs ohne Weiteres ein Recht auf Befriedigung aus der Theilungsmasse. Ob ein solches zusteht, darüber entscheidet vielmehr im Fall eines Widerspruches das Erkenntniß des Prozeßrichters.

Der Ersteher verspricht hiernach die Uebernahme der bezüglichen Ansprüche immer nur für den Fall, daß sie sich künftig bewahrheiten. Er ist aber in dem Falle, daß sie bei Vertheilung der Kaufgelder gänzlich oder mit dem Range vor dem Anspruch des betreibenden Gläubigers in Wegfall kommen, nach gesetzlicher Kaufbedingung gehalten, s. g. Ersatzansprüche von gleicher Höhe unter den für jene ersteren Ansprüche festgestellten Bedingungen der Verzinsung und der Zahlung zu übernehmen.[10]

Auf diesen Fall ist für solche Ansprüche, welche nicht die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande haben, sowie für Ansprüche auf wiederkehrende Hebungen durch den Richter bei Feststellung des geringsten Gebotes ein Kapitalbetrag festzusetzen, in dessen Höhe die Uebernahme des Ersatzanspruches zu erfolgen hat.

3. Die Anforderung des geringsten Gebotes und die bloße Uebernahme der Vorhypotheken kann zu Härten führen, wenn es sich um Grundstücke handelt, welche korrealiter verhaftet sind. Die Grundstücke X und Y sind z. B. zusammen dem A für 6000, dem B an zweiter Stelle für 2000 verpfändet; jedes Grundstück ist 5000 werth; auf beiden stehen selbständige Wohnhäuser; sie gehören verschiedenen Eigenthümern; B betreibt die Zwangsversteigerung. Bringt er beide zusammen zur Versteigerung, wozu er in der Regel befugt ist,[11] so steht das Verhältniß nicht anders, wie wenn ein einheitliches Grundstück verpfändet wäre. Aber ein solcher Gesammtverkauf kann rechtlich unmöglich sein, oder thatsächlich zu Weiterungen führen

---

geboten wurde und hierfür der Zuschlag erfolgte, so hätte A nur noch eine Hypothek von 1000 Mark zu beanspruchen. Um derartigen Gefahren zu begegnen hat das Zwangsvollstreckungsgesetz im § 85 bestimmt, daß die Formel des Zuschlagsurtheiles denjenigen Interessenten zuzustellen sei, welche im Versteigerungstermin nicht erschienen sind. Es steht ihnen daraufhin die Beschwerde gegen den Zuschlag nach Maßgabe des § 86 daselbst offen.

10) Zwangsvollstreckungsgesetz § 58 Abs. 1. Dies ist gesetzliche Kaufbedingung. Die Uebernahme des Ersatzanspruches erfolgt erst bei der Kaufgelderbelegung. — Ist aber ein zu übernehmender Anspruch ein bedingter, so ist schon bei dem geringsten Gebot auszusprechen, daß der Ersteher einen Ersatzanspruch unter der gleichen, aber entgegengesetzt wirkenden Bedingung zu übernehmen hat, cit. Gesetz § 59 Abs. 1. Entsprechendes gilt, wenn Korrealhypotheken übernommen werden, § 59 Abs. 2 daselbst; vgl. Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 12 S. 124, siehe auch Gruchot Bd. 36 S. 289. Ueber Vorrechtseinräumungen siehe Gesetz vom 30. Mai 1893, oben § 334 Ziff. 2.

11) Nicht rechtlich möglich ist der Gesammtverkauf, wenn die Grundstücke verschiedenen Eigenthümern gehören und in verschiedenen Amtsbezirken liegen, da R. C. P. O. § 756 Abs. 2 — oben § 343 Anm. 3 — diesen Fall nicht vorsieht.

oder ein ungünstiges Ergebniß in Aussicht stellen. Um in solchen Fällen dem betreibenden Gläubiger den Einzelverkauf zu erleichtern, ertheilt ihm das Gesetz das Angebotsrecht, wodurch er sich die vorstehende Korrealhypothek gegen Zahlung ihres Betrags verschafft, wenn in Folge der Berücksichtigung der Korrealhypothek bei Feststellung des Mindestgebotes ein zu seiner Befriedigung ausreichendes Gebot nicht abgegeben wurde. Das Angebotsrecht kann auch ausgeübt werden, wenn die vorstehende Forderung nicht fällig ist, jedoch nur mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten, unter Verpflichtung des Kündigenden zur Zahlung.[12] [13]

4. Nach älterem Rechte gingen die Belastungen, abgesehen von den Hypotheken, auf den Ersteher von selbst über, wenn nicht im Interesse eines hierdurch benachtheiligten, vorangehenden Pfandgläubigers der Zuschlag ohne die Last ertheilt war.[14]

Das Gesetz vom 13. Juli 1883 hat dies geändert. Von Rechtswegen gehen nach demselben auf den Ersteher nur diejenigen Belastungen über, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung im Grundbuch nicht bedürfen,[15] insbesondere gemeine Lasten, Grundgerechtigkeiten, gesetzliche Vorkaufsrechte;[16] solche in der zweiten Abtheilung des Grundbuches verzeichneten Belastungen, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen, gehen dagegen auf den Ersteher nicht von selbst über.[17] Der Vollstreckungsrichter ist indessen von Amtswegen verpflichtet, die Uebernahme derselben als Kaufbedingung festzustellen.[18] [19] Würden aber

---

12) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 205. Ist die Hypothek des A bereits fällig, so wird B zweckmäßig die Grundstücke um den Betrag der Forderung desselben erstehen, ihn abzahlen und dann den Einzelverkauf nach Belieben vornehmen. Praktische Bedeutung wird daher dies Angebotsrecht nicht leicht anders gewinnen, als wenn die Forderung des vorstehenden Korrealgläubigers an sich noch nicht zahlbar ist.

13) Zwangsvollstreckungsgesetz § 205 Abs. 3 besagt: „Die gleichen Rechte wie der betreibende Gläubiger hat jeder demselben nachstehende Gläubiger, wenn seine Forderung nach Berücksichtigung der auf mehreren Grundstücken ungetheilt haftenden Hypothek oder Grundschuld auf Grund der Vorschriften der §§ 59, 117 bedingt zur Hebung gekommen ist." Der nachstehende Gläubiger hat das Recht also nicht, wenn die Versteigerung um deswillen, weil das geringste Gebot nicht erreicht wird, keinen Fortgang hat.

14) L. R. I, 11 § 342, E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 47 Abs. 2, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 142, Bd. 79 S. 260, Striethorst Archiv Bd. 96 S. 215, R. G. Bd. 4 S. 235.

15) Zwangsvollstreckungsgesetz § 22 Abs. 3.

16) Oben § 306 Anm. 2. E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 12, vgl. übrigens Zwangsvollstreckungsgesetz § 200, und oben § 275 bei Anm. 6, 7, 10, 11.

17) Zwangsvollstreckungsgesetz § 22 Abs. 2.

18) Zwangsvollstreckungsgesetz § 60 Abs. 1. Dessen Einleitungsworte „Steht dem Anspruche des Gläubigers eine dauernde Last nach" erklären sich dadurch, daß die Last, welche dem Anspruche des Gläubigers vorgeht, im geringsten Gebot zu berücksichtigen ist, daß es daher ohne solche Uebernahme nicht zum Zuschlag kommen kann. Vgl. oben § 287 Anm. 4, siehe auch oben § 185 Anm. 9, aber auch § 276 Anm. 1 a. E.

Subhastationsinteressenten, welche einer Grundgerechtigkeit oder dauernden Belastung vorgehen, durch deren Uebergang auf den Ersteher, oder durch deren Uebernahme benachtheiligt, so geschieht der Zuschlag ohne die Gerechtigkeit oder Last.

Ob jene Interessenten benachtheiligt sind, ergiebt sich durch doppeltes Ausgebot, nämlich mit und ohne Last. Der Richter hat dasselbe von Amtswegen anzuordnen, wenn die Last aus dem Grundbuche erhellt.

5. Die Verhandlung im Versteigerungstermin zerfällt derzeit in 2 Theile:

a) Der erste beginnt mit dem Aufruf der Sache, der Auflegung des Auszuges der Steuerrolle und der Abschrift des Grundbuchblattes, sowie der Mittheilung der Realverhältnisse, und geht dann zur Verhandlung über die Kaufbedingungen, insbesondere das geringste Gebot über.[20]

Die festgesetzten Kaufbedingungen werden verlesen. Auch die angemeldeten Kündigungen sind mitzutheilen.[21] Diese Mittheilung steht in Zusammenhang mit der Vorschrift, daß die Kündigung einer innerhalb des geringsten Gebotes stehenden, zu übernehmenden Hypothek gegen den Ersteher nur dann wirkt, wenn sie spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten Seitens des Gläubigers angemeldet wurde. Hierdurch soll verhütet werden, daß der Ersteher, welcher sich darauf verließ, daß er die Hypothek nur zu übernehmen habe, nach Abgabe seines Gebotes durch die Kunde überrascht wird, daß die Hypothek dem Schuldner bereits gekündigt und baar heimzuzahlen ist.

b) Der zweite Theil der Verhandlung beginnt mit der Aufforderung zur Abgabe von Geboten. Diese Aufforderung darf erst erfolgen, wenn seit der zum Beginn des Termines festgesetzten Zeit mindestens eine Stunde verflossen ist und der Richter auf den zu erwartenden Ausschluß der noch nicht geltendgemachten Ansprüche von der Aufnahme in das geringste Gebot ausdrücklich aufmerksam gemacht hat.[22]

---

19) Der Regierungsentwurf § 60 schlug vor, daß die Uebernahme nur „auf Antrag des Berechtigten oder eines demselben nachstehenden Interessen zu erfolgen habe.“ Dies wurde in der Kommission des Herrenhauses im Interesse der Altsitzer geändert. Man nahm an, daß der Ersteher erfahrungsmäßig bereitwilliger sei, den Auszug zu übernehmen, als für ihn eine dem Werth entsprechende Geldsumme zu bieten.

20) Zwangsvollstreckungsgesetz § 52.

21) Zwangsvollstreckungsgesetz § 57 Abs. 5. Ist die Hypothek ohne Kündigung unter gewissen Voraussetzungen, z. B. wegen nicht rechtzeitiger Zinsenzahlung, fällig, so ist eine Anmeldung nicht erfordert.

22) Zwangsvollstreckungsgesetz § 61. Es sollte hierdurch bewirkt werden, daß die Realberechtigten, z. B. Gesinde, deren Ansprüche beim geringsten Gebot zu berücksichtigen sind, auf sorgfältige Prüfung zählen können. Andererseits sollten unliebsame Unterbrechungen der Versteigerung verhütet werden. Deshalb müssen die Kaufbedingungen regelrecht festgestellt sein, ehe das Bieten anfängt. Die Stunde wird vom festgesetzten Beginn des Termines, nicht von dessen thatsächlichem Beginn an gerechnet.

6. Jeder Interessent des Verfahrens, welcher durch Nichterfüllung eines Gebotes benachtheiligt würde, kann der Zulassung desselben für den Fall der Nichtstellung einer Sicherheit widersprechen.[23] Der Widerspruch muß spätestens sofort nach Abgabe des Gebotes erfolgen,[24] er kann vorher und zwar auch allgemein eingelegt werden. Der bezüglich eines Gebotes eingelegte Widerspruch gilt für alle folgenden Gebote.

Nach früherem Rechte bemaß sich die Kaution nach dem Werthe des Grundstückes. Sie sollte annähernd ein Zehntel des Grundstückwerthes betragen. Nach jetzigem Recht richtet sie sich nach der Höhe der Gebote. Sie muß $1/_{10}$ des vom Ersteher baar zu zahlenden Kaufpreises, mindestens aber dem Betrag der aus den Kaufgeldern zu deckenden Kosten des Verfahrens gleichkommen. Gläubiger, deren Ansprüche vom Ersteher als Theil des geringsten Gebotes zu übernehmen sind, können Erhöhung der Sicherheit auf den Betrag aller ihnen vorgehenden baar zu zahlenden Beträge fordern. Der Schuldner oder der Eigenthümer, welcher ein Gebot abgiebt, hat den ganzen Betrag des baar zu zahlenden Kaufpreises als Sicherheit zu stellen.[25] Kautionsfrei sind die Reichskasse, Reichsbank, Staatskasse, kommunale Verbände, die auf Gegenseitigkeit beruhenden Pfandbriefanstalten und die öffentlichen Sparkassen.

Die Sicherheit ist zu leisten entweder durch baares Geld, Reichskassenscheine, Reichsbanknoten, oder durch kurshabende inländische Papiere, sowie durch Schuldscheine anderer deutscher Staaten oder des deutschen Reiches. Die Papiere dürfen nicht außer Umlauf gesetzt, und müssen mit den laufenden Zins- oder Dividendenscheinen, sowie den Talons versehen sein, und sind nach dem Kurs zu berechnen.[26] Soweit die Sicherheit die Kosten des Verfahrens übersteigt, kann sie auch mit solchen Posten geleistet werden, welche für den Bieter auf das versteigerte Grundstück innerhalb einer gesetzlich bestimmten — etwa der Hälfte des Grundstückwerthes entsprechenden — Werthgrenze eingetragen sind.[27]

---

23) Zwangsvollstreckungsgesetz § 62 ff. — Kautionsberechtigt sind hiernach namentlich die Realberechtigten, welche Befriedigung aus dem Gebot zu erwarten haben, sei es unbedingt oder bedingt. Auch der Eigenthümer ist kautionsberechtigt, wenn er nach dem Ausfall der Hypothek als persönlicher Schuldner in Anspruch genommen werden kann.

24) Zw. V. Ges. § 63.

25) Die Nichtberücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen über den Kautionspunkt ist ein Grund zum Widerspruch gegen den Zuschlag, Zwangsvollstreckungsgesetz § 75 Ziff. 11, sowie zur Beschwerde.

26) Zw. V. Ges. § 64. Die Kautionsmittel wurden hiermit gegenüber dem früheren Rechte erweitert. Daß es sich um Inhaberpapiere handelt, wie man früher annahm, ist nicht mehr schlechthin erfordert. Es genügt, daß öffentliche Papiere, z. B. Kommanditaktien, Kurs haben. Ein nach bloßen Scheingeschäften bemessener s. g. fiktiver Kurs ist keiner.

7. Der Ansteigerer wird von Abgabe seines Gebotes angebunden, falls dasselbe zugelassen wird.[28] Unterschrift des Versteigerungsprotokolles durch den Bieter, von welcher nach älterem Recht dessen Verhaftung abhängig war, ist nicht mehr erforderlich. Der Bieter wird frei durch Zulassung eines höheren Gebotes ohne erfolgten Widerspruch, sowie durch Einstellung des Verfahrens oder Aufhebung des Termines.[29]

8. Unzulässig ist das Gebot, wenn dem Bieter die Fähigkeit zum Abschlusse eines Kaufvertrages oder zum Erwerbe des Grundstückes mangelt, oder wenn es von einem Vertreter abgegeben wurde, dessen Vertretungsbefugniß nicht gerichtsbekannt ist, oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.[30]

Mitbieten kann aber, wie jeder Andere, so auch der betreibende Gläubiger, da der Verkauf nicht in seinem Namen geschieht.[31] Auch das Meistgebot des Eigenthümers der versteigerten Sache ist zu berücksichtigen.[32] Das Zuschlagserkenntniß an deren meistbietenden Eigenthümer verleiht demselben zwar nicht Eigenthum, da er solches bereits hat, wohl aber die sonstigen Rechte eines Erstehers, insbesondere die Befreiung des Grundstückes von Hypotheken, welche nicht in dem geringsten Gebot begriffen sind.

9. Der Gläubiger kann bis zum Schlusse des Versteigerungstermines den Antrag auf Versteigerung zurücknehmen.[33] Bis zu diesem Augenblicke darf er dem Subhastaten auch Stundung gewähren, aber selbständig nur einmal, und nur auf längstens 3 Monate. Bloß unter Zustimmung aller Interessenten, deren Rechte durch den Zuschlag berührt werden, kann er unbeschränkt Stundung gewähren.[34]

---

27) Zwangsvollstreckungsgesetz § 64 Abs. 2. Die Post muß unbedingt sein, Vormerkungen genügen deshalb nicht, oben § 204 bei Anm. 15.

28) Zwangsvollstreckungsgesetz § 66. Der Bieter ist an sein Gebot nicht gebunden, wenn dasselbe vom Gericht, sei es auf Grund eines Widerspruches — § 62 ff. — oder von Amtswegen — vgl. § 75 Ziff. 2 — zurückgewiesen wird. Dies auch, wenn die Zurückweisung unbegründet war.

29) Zw. V. Ges. § 66. Anders vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 13. Juli 1883. — Der Bieter bleibt an sein Gebot gebunden, wenn das höhere Gebot nicht zugelassen wird. Es genügt aber im Fall der Zulassung des höheren Gebotes auch der Widerspruch eines Interessenten, damit der vorgehende Bieter solange gebunden bleibt, bis dieser Widerspruch endgültig zurückgewiesen ist.

30) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 75 Ziff. 2, 65. Wird gegen das Gebot von einem Interessenten Widerspruch erhoben, so ist spätere Nachholung der Legitimation unzulässig. Wurde Widerspruch aber nicht erhoben und wird der Mangel der Fähigkeit oder der Legitimation nachträglich beseitigt, so ist der Zuschlag nicht von Amtswegen zu versagen und es kann in diesem Falle ein nicht zu den Interessenten gehörender Bieter keine Beschwerde gegen den Zuschlag an den nachträglich Legitimirten zur Geltung bringen. Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 92.

31) Vgl. L. R. I, 20 § 42 und oben § 343 bei Ziff. 4.

32) E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 46. Ueber die vom Eigenthümer zu stellende Kaution siehe oben bei Anm. 25.

33) Zwangsvollstreckungsgesetz § 73.

Schluß der Versteigerung tritt ein, wenn ein Gebot trotz Aufforderung des Richters nicht mehr abgegeben wird, keinesfalls aber vor Ablauf einer Stunde nach der Aufforderung zur Abgabe von Geboten. Der Schluß ist zu verkünden.[35]

Hierauf sind die im Termin anwesenden Interessenten zur Erklärung über die Ertheilung des Zuschlages aufzuforderu. Widerspruch ist nur zu berücksichtigen, wenn er im Termin selbst erhoben wird.[36] Er kann sich auf die gesetzlichen Gründe der Unwirksamkeit des Gebotes gründen. Jeder Interessent, welcher durch den Zuschlag benachtheiligt wird, darf außerdem unter Uebernahme der Verpflichtung für alle hieraus entstehenden Nachtheile, und unter Sicherheitsstellung in der Weise eines Bieters, gegen den Zuschlag Widerspruch erheben und Anberaumung eines neuen Versteigerungstermines verlangen. In dem fortgesetzten Verfahren ist ein derartiger Widerspruch unzulässig.[37]

Wurde in dem Termin ein zulässiges Gebot nicht abgegeben, so erfolgt Fortsetzung des Verfahrens, wenn sie der Gläubiger innerhalb 3 Monaten beantragt. Wird die Fortsetzung nicht rechtzeitig beantragt, so gilt der Versteigerungsantrag als zurückgenommen.[38]

Der Antragsteller trägt die Kosten des vergeblichen Verfahrens.

§ 349. Das Zuschlagsurtheil.[1]

1. Das Zuschlagsurtheil des Vollstreckungsgerichtes zieht das Facit des Verfahrens. Sein Inhalt ist Ertheilung oder Versagung des Zuschlages. Es gründet sich auf das Versteigerungsprotokoll; Vorgänge des

---

34) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 73, 51. Der Schuldner und der gegenwärtige Eigenthümer des Grundstückes gehören im Sinne dieser Bestimmung nicht zu den Interessenten, ebensowenig Verkaufsberechtigte.

35) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 68.

36) Zwangsvollstreckungsgesetz § 72.

37) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 74, 138. Uebrigens ist nach dem Gedanken des Gesetzes zu unterscheiden: a) Es wird in dem neuen Verfahren kein Meistgebot erzielt. Dann haben nur die betreibenden Gläubiger Ansprüche gegen den dazwischentretenden Interessenten. Die übrigen Interessenten des Verfahrens haben solche Ansprüche nicht, denn sie hatten kein Recht auf Fortsetzung des Verfahrens, da die betreibenden Gläubiger den Antrag bis zum Schluß des Versteigerungstermines zurücknehmen konnten. Die Ansprüche der betreibenden Gläubiger werden in diesem Falle außerhalb des Subhastationsverfahrens geltend gemacht. b) Es kommt im weiteren Versteigerungstermin zu einem Zuschlag. Dann hat der dazwischentretende Interessent die Differenz, welche sich zum Nachtheil der übrigen Interessenten ergiebt, wie Kaufgeld — gemäß § 138 — zu zahlen, und es erstreckt sich die Vertheilung auf den von ihm zu zahlenden Betrag.

38) Zwangsvollstreckungsgesetz § 69.

1) Dernburg Pr. Hyp. R. S. 410.

Versteigerungstermines, welche aus ihm nicht erhellen, werden nicht berücksichtigt.[2]

2. Die Versagung hat im Fall wesentlicher Mängel zu geschehen. Das Gesetz zählt dieselben einzeln auf. Einige Versagungsgründe sind nur zu berücksichtigen, wenn rechtzeitig auf Grund derselben Widerspruch, und zwar von demjenigen erhoben wurde, welcher durch den Zuschlag benachtheiligt ist; die übrigen Versagungsgründe sind von Amtswegen zu beachten.[3]

3. Bei Ertheilung des Zuschlages ist die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot zu berücksichtigen, wenn Abtretung und Uebernahme spätestens im Urtheilsverkündigungstermin, gerichtlich oder notariell beglaubigt, eingereicht werden.[4] Der Meistbietende bleibt neben dem Ersteher für das Meistgebot verhaftet; dies hat die Urtheilsformel auszusprechen. Ist die Abtretung nicht nach Vorschrift des Gesetzes eingereicht, so hat sie das Zuschlagsurtheil nicht zu berücksichtigen; der Meistbieter erhält dann den Zuschlag für seine Person. Er muß aber dem Cessionar die erstandene Sache übereignen. Hierzu bedarf es einer Auflassung.

4. Gegen das Urtheil steht sofortige Beschwerde offen. Sie richtet sich nach den Normen der R. C. P. O. und des Zwangsvollstreckungsgesetzes.[5] Beschwerdegrund gegen die Versagung ist nur, daß kein gesetzlicher Versagungsgrund vorlag. Gegen die Ertheilung des Zuschlages ist Beschwerdegrund, daß ein gesetzlicher Versagungsgrund vorlag, oder daß das Zuschlagsurtheil nicht mit dem Versteigerungsprotokoll — seiner Grundlage — übereinstimmt, oder daß das Meistgebot sich auf ein anderes Grundstück bezieht.[6] Zu der Beschwerde befugt ist, wessen Recht und selbständiges Interesse durch das Urtheil verletzt wurde.[7]

---

2) Zwangsvollstreckungsgesetz § 81. Im Verkündigungstermin erschienene Betheiligte sind vor Erlaß des Urtheils zu hören. — Neue Thatsachen und Beweise sind nur insoweit zulässig, als sie das im Versteigerungsprotokoll Aufgenommene aufhellen.

3) Die Versagungsgründe zählt unter 12 Nummern auf Zwangsvollstreckungsgesetz § 75, vgl. hierzu namentlich § 78 daselbst.

4) Zwangsvollstreckungsgesetz § 83 Abs. 2. Nach der S. O. vom 15. März 1869 war die Cession der Rechte des Erstehers aus dem Meistgebot nicht zu berücksichtigen, auch wenn sie dem Richter vor Abfassung des Urtheils mitgetheilt wurde. Es war dies nicht geeignet, den Kreis der Bieter zu erweitern, und daher wenig zweckmäßig.

5) Zwangsvollstreckungsgesetz § 86 ff. Vgl. auch Dernburg Pr. Hyp. R. S. 413, besonders über den Beschwerdegegner.

6) Zwangsvollstreckungsgesetz § 88. Auch die Nichtigkeits- und Restitutionsgründe der R. C. P. O. — § 540 Abs. 2, §§ 542, 543 — begründen die Beschwerde.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz § 87 Abs. 1, §§ 76 und 77.

Nach den Grundsätzen der R. C. P. O. ist weitere Beschwerde zulässig, wenn in der Entscheidung des Beschwerdegerichtes ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist.

Die Beschwerde hindert die Fortsetzung des Verfahrens nicht. Das Beschwerdegericht kann aber auf Antrag völlige oder theilweise Einstellung desselben verordnen.[8] Die Vertheilung der Kaufgelder muß auf Antrag des Erstehers bis zur Rechtskraft des Zuschlagsurtheils ausgesetzt werden.[9]

Wird ein den Zuschlag ertheilendes Urtheil aufgehoben, so ist vom Beschwerdegericht auf Antrag auch über Rückgewähr des auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu entscheiden.[10] Der Antrag kann vom Rückforderungsberechtigten ausgehen, aber auch vom Erstattungsverpflichteten, und hat dann das Wesen einer Feststellungsklage.

Der Ersteher gilt nach Erlangung des Besitzes trotz Einlegung der Beschwerde als redlicher und rechtmäßiger Besitzer bis zur Aufhebung des Zuschlagsurtheils, auch bezüglich der Früchte und Verwendungen. Denn das Urtheil war in der Zwischenzeit rechtswirksam und wird nur durch seine Aufhebung in Folge der Beschwerde rückwärts hin hinfällig.[11]

§ 350. Rechtswirkungen des Zuschlages.

1. Nach Verkündigung des Zuschlags erwirbt der Ersteher Eigenthum der versteigerten Sache und ihres Zubehörs.[1] [2]

Die Eintragung des Erstehers als Eigenthümers im Grundbuch erfolgt jedoch erst nach dem Kaufgelderbelegungstermin und nach Ausführung des Theilungsplanes, auf Ersuchen des Subhastationsrichters.[3] Vorher ist der Ersteher zu dinglichen Verfügungen über die ersteigerte Sache beim Grundbuch also nicht befähigt, während anderen dinglichen Verfügungen durch ihn kein Hinderniß im Wege steht.[4]

---

8) Zwangsvollstreckungsgesetz § 99 Abs. 2.
9) Zwangsvollstreckungsgesetz § 123.
10) Zwangsvollstreckungsgesetz § 94.
11) So Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 106.

1) So die Motive des Regierungsentwurfes, welche hervorheben, daß die Beschwerde die Vollziehung nicht aufhält. Erfolgt der Zuschlag in der Beschwerdeinstanz ohne mündliche Verhandlung, so wird er perfekt mit dem Beschluß, da eine Verkündung dann nicht stattfindet, Rudorff zu § 97 Anm. 1.

2) L. R. I, 11 § 342. Zwangsvollstreckungsgesetz § 97 Abs. 1. Einer Auflassung bedarf es nicht, und findet solche nicht statt. Die Uebereignung durch den Zuschlag war auch gemeinrechtliche Gewohnheit, Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 163.

3) Zwangsvollstreckungsgesetz § 97 Abs. 2, § 124. Die Eintragung ist also hier nicht wie im Fall einer Auflassung rechtserzeugend, sondern nur rechtsbeurkundend.

4) Dem Ersteher stehen dingliche Klagen, insbesondere Vindikationen von Zubehörstücken, sowie die a. negatoria nach der Verkündung des Zuschlages offen. Vgl. aber auch den Text des § 350 Abs. 3.

Auch Uebergabe des Grundstückes kann der Ersteher erst nach Berichtigung des Kaufgeldes fordern.[5] Bis dahin ist das Grundstück auf Antrag des Erstehers oder eines Gläubigers, welcher aus den baaren Geldern Befriedigung zu erwarten hat, für Rechnung des Erstehers in gerichtliche Verwaltung zu nehmen.[6]

Die Uebergabe hat gerichtlich an Ort und Stelle zu erfolgen.[7] Der Ersteher kann auch gegen den Besitzer auf Uebergabe dinglich klagen, also gegen den Subhastaten, wie gegen Dritte, welche das Grundstück oder mitversteigerte bewegliche Zubehörstücke innehaben. Eine persönliche Klage auf Uebergabe kraft Kaufvertrages hat er nicht.[8] Was die Gewährleistung anlangt, so kann ein Anspruch wegen Entwährung nicht in Frage kommen, da der Ersteher durch den Zuschlag Eigenthümer der ersteigerten Sache wird, auch wenn nicht der Subhastat, sondern ein Dritter deren Eigenthümer war. Im Uebrigen stellt das Gesetz den gerichtlichen nothwendigen Verkauf dem Verkauf in Pausch und Bogen „in Ansehung der Gewährleistung" gleich.[9] Hiernach ist ein bei den Unterhandlungen zur Information des Käufers gegebener Anschlag nur in Ansehung des Bestehens der darin angeführten Rubriken, nicht aber in Ansehung der Zahl, des Ertrages zu vertreten. Dies ist auf die Subhastation so anzuwenden, daß dem Ersteher ein Anspruch auf Minderung des Kaufpreises wegen fehlender, etwa im Subhastationspatent angegebener Rubriken zusteht. In Folge dessen verlieren diejenigen, welchen die nunmehr ausfallende Kaufpreisrate im Theilungsplan überwiesen war, ihre Ansprüche gegen den Ersteher.

2. Nach älterem Recht ergab sich Identität und Umfang des zur Versteigerung gestellten Grundstückes aus der Beschreibung desselben bei Auf-

5) Zwangsvollstreckungsgesetz § 98 Abs. 1. Es handelt sich hierbei nur um die baar zu zahlenden Kaufgelder. Durch deren Hinterlegung kann sich der Ersteher schon vor dem Kaufgelderbelegungstermine den Besitz verschaffen.

6) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 98 Abs. 2, 3 und 4. Auch die Ausweisung des Schuldners aus dem versteigerten Grundstück kann der Ersteher verlangen, Gruchot Bd. 15 S. 757.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz § 98 Abs. 5. Ueber das Recht hierbei einen Gerichtschreiber zuzuziehen vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1113.

8) Anders diejenigen, welche den „Schuldner" oder den „Gläubiger" als Verkäufer ansehen, vgl. oben § 343. Nach Striethorst Archiv Bd. 79 S. 71 soll der Ersteher gegen den Subhastaten auf Leistung der nachweisbar im Augenblicke der Licitation auf dem Grundstück vorhandenen Pertinenzen aus dem Kaufvertrage klagen können. Dies also ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte im Augenblicke der Klaganstellung noch Besitzer ist, oder vorher zu besitzen aufhörte. Der Subhastat müßte hiernach bis zur Besitznahme durch den Ersteher diesem mindestens für custodia haften. Zu noch befremdenderen Ergebnissen würde es führen, wenn man den betreibenden Gläubiger oder nach Eccius — oben § 343 Anm. 20 — die Subhastationsinteressenten auf Erfüllung und Gewährleistung aus dem Kaufvertrag verklagen wollte.

9) Zu allgemein R. G. Bd. 19 S. 325, vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1106 und 1114. Siehe ferner bei Gruchot Bd. 35 S. 556, oben § 343 Anm. 18.

nahme der Taxe. Seit der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 fiel mit der Taxe auch die Beschreibung weg; an Stelle Beider traten die Angaben der Steuerbücher. Diese Angaben sind jedoch nicht selten unvollständig, oder undeutlich oder ungenau. Dann ist Identität oder Umfang des versteigerten Grundstückes aus anderen Umständen zu ermitteln, im Streitfall durch den Prozeßrichter. Es können hierbei die Besitzverhältnisse, die Vorakten, Erklärungen des Vollstreckungsrichters in Betracht kommen.

a. Schwierig dabei ist die Frage, ob sich der Zuschlag auf Grundstücke oder Grundstückstheile erstreckt, welche die Steuerbücher irrig dem Subhastaten zuschrieben, und demzufolge durch die Verweisung des Subhastationspatentes auf die Steuerbücher als zur Versteigerung gestellt erscheinen; ob also deren bisherige Eigenthümer ihres Eigenthums von Rechtswegen dadurch verlustig sind, daß sie die Einstellung des Verfahrens nicht vor dem Schluß des Versteigerungstermines herbeiführten. Es läßt sich dies leider nicht in Abrede stellen.[10] Nur wird man den Satz nicht zu Gunsten eines Erstehers anwenden können, welcher den Irrthum kannte, da Niemand in Folge seiner Arglist Rechte erwerben kann.

b. Was bewegliche Zubehörstücke anlangt, so sind als inbegriffen anzusehen nicht bloß diejenigen, welche dem Subhastaten gehörten, sondern auch solche, welche sich zur Zeit des Zuschlages auf dem Grundstück befanden und Zubehör gewesen wären, wenn sie im Eigenthum des Subhastaten ständen. Die Aufforderung an diejenigen, welche Eigenthum am Grundstück beanspruchen, sich zu melden, betrifft auch das Eigenthum an Gegenständen, welche dem Grundstück zugehören.[11]

3. Der Bestand des beweglichen Zubehörs kann sich zwischen der Einleitung der Zwangsversteigerung und der Verkündung des Zuschlages verändern, sei es, daß Zubehörstücke untergehen oder abhanden kommen, oder

---

10) So kommt man glatt um Haus und Hof, selbst wenn man deren eingetragener Eigenthümer ist.

11) R. G. Bd. 19 S. 321, wo die bezügliche Litteratur angegeben ist. Anders Eccius Bd. 2 § 130. Jäckel zu § 40 des Zwangsvollstreckungsgesetzes. Letzterer irrt, wenn er aus der Ablehnung von Vorschlägen, die den Gedanken unseres Textes zum Ausdruck bringen wollten, in der Herrenhauskommission, folgert, daß dieselbe unter dem Namen „Grundstück" Zubehörstück nicht mitverstanden habe. Das Gegentheil war der Fall, soweit sich Mitglieder darüber äußerten. Nach L. R. I, 2 §§ 60, 108 ist freilich nur Zubehör, was dem Eigenthümer der Hauptsache gehört. Hiermit soll das Vindikationsrecht der Eigenthümer der bezüglichen Mobilien für die Regel gewahrt werden, aber bei der Subhastation wird dasselbe gerade auf den Fall rechtzeitiger Geltendmachung beschränkt. Immerhin erwirbt der Ersteher solche Stücke nicht als Zubehör, von denen er wußte oder wissen mußte, daß sie dem Subhastaten nicht zu eigen waren, z. B. das Inventar eines auf dem Grundstück sitzenden Pächters oder Nießbrauchers, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 928. — Siehe bei Gruchot Bd. 35 S. 536.

vom Subhastaten, oder auch vom Gläubiger veräußert wurden, sei es daß sie sich mehren. Nicht Wenige halten dafür, daß das Grundstück mit seinem Zubehör so ausgeboten sei, wie es zur Zeit der Veröffentlichung des Patentes stehe und liege. Jeder Bieter dürfe voraussetzen, daß der Gegenstand des Ausgebotes nicht willkürlich verändert werde, sein Gebot und der Zuschlag beziehe sich daher hierauf, wenn nicht das Ausgebot in Beziehung auf bestimmte Zubehörstücke ausdrücklich zurückgenommen sei.[12] Diese Auffassung unterliegt erheblichen Bedenken. Denn das Subhastationspatent kündigt den Verkauf nur an. Das Ausgebot der Sache geschieht im Versteigerungstermin. Nach jener Ansicht müßte man dem Bieter das Recht auf Minderung des gebotenen Preises geben, wenn Zubehörstücke nach der Veröffentlichung des Patents untergegangen oder verbracht wären. Dies würde das Ergebniß der Versteigerung ganz unsicher machen. Es ist also für den Umfang des Zubehörs die Zeit des Versteigerungstermins zu Grunde zu legen.[13] Man kann sich für die Gegenansicht auch nicht darauf stützen, daß mit Einleitung der Subhastation eine Beschlagnahme des Grundstückes eintrat, so daß die damals vorhandenen Stücke ihre Eigenschaft als Zubehör nicht mehr verlieren konnten. Denn diese Beschlagnahme wirkte nur zu Gunsten des betreibenden Gläubigers. Das Recht des Erstehers aber hat nicht ohne Weiteres den Umfang der Rechte der betreibenden Gläubiger, vielmehr erstreckt sich dasselbe nur auf das, was zum Verkauf gestellt ist.[14]

Was die Nutzungen des Grundstückes anlangt, so gehen dieselben nach der Fassung des Gesetzes erst vom Zuschlag ab auf den Ersteher über, also mit dessen Verkündung. Nur die von diesem Augenblick an gewinnbaren Früchte, nur die nachher fälligen Mieth- und Pachtzinsen gebühren ihm also.

Ebenso geht die Gefahr mit Verkündung des Zuschlagsurtheils auf den Ersteher über.[14]

4. Der Ersteher wird in Folge des Zuschlagserkenntnisses verpflichtet, die Kaufgelder, und zwar spätestens im Kaufgelderbelegungstermin, baar zu zahlen, sofern er sie nicht gemäß den gesetzlichen Kaufbe-

12) Vgl. für diese Ansicht Paris bei Gruchot Bd. 25 S. 878, siehe auch Schultze ebendaselbst Bd. 17 S. 507 ff.

13) So R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 878 und Bd. 35 S. 894, vgl. auch R. G. Bd. 3 S. 309 ff. angeführte Erkenntniß. Das Obertribunal schwankte, vgl. Präj. 532 und 434, ferner Striethorst Archiv Bd. 81 S. 152, Bd. 84 S. 11 einerseits, und Striethorst Archiv Bd. 78 S. 22, Bd. 79 S. 189 andererseits.

14) Wegen Verschlechterungen des versteigerten Grundstücks, welche dem Subhastaten vor der Versteigerung zur Last fielen, hat daher der Ersteher keine Ansprüche, obgleich solche den Gläubigern erwuchsen, ebensowenig auf Versicherungsgelder, wenn das versteigerte Gebäude nach Einleitung der Subhastation, aber vor dem Versteigerungstermin abbrannte. Vgl. Gruchot Bd. 17 S. 28 ff.

dingungen oder nach besonderer Vereinbarung mit den nach dem Kaufgelder-vertheilungsplane Antheilsberechtigten durch Uebernahme zu berichtigen hat. Die Zahlung des Kaufgeldes erfolgt an den Richter.[15] Sollten die also gezahlten Gelder durch Zufall verloren gehen, ehe sie den Antheilsberechtigten ausgezahlt wurden, so kann der Ersteher nicht mehr in Anspruch genommen werden, da er durch die Zahlung an den Richter seiner Verbindlichkeit Genüge geleistet hat. Eigenthümer der an diesen gezahlten Kaufgelder wird richtiger Ansicht nach nicht etwa der Schuldner,[16] da das Verfahren nicht in seinem Namen geführt wird, vielmehr sind die an den Kaufgeldern Antheilsberechtigten als Eigenthümer anzusehen.

Von welchem Termin an sind die Kaufgelder zu verzinsen, vom Tage der Verkündung des Zuschlagsurtheiles, oder der Kaufgelderbelegung? Letzterer ist der Zahlungstermin. Dennoch ist der baar zu zahlende Theil des Kaufpreises, und zwar mit fünf Prozent, von der Verkündung des Zuschlagsurtheiles an zu verzinsen, da dem Ersteher von da an die Nutzungen der Sache zukommen.[17]

§ 351. Belegung und Vertheilung des Kaufgeldes.[1]

Nach Verkündung des Zuschlages hat der Subhastationsrichter von Amtswegen einen Termin — den Kaufgelderbelegungstermin — zur Belegung, d. h. Leistung des Kaufgeldes, sowie zur Vertheilung desselben anzusetzen. Die Interessenten des Verfahrens, sowie der Ersteher und diejenigen, welche einen Anspruch auf das Kaufgeld zu den Vollstreckungsakten angemeldet haben, sind zu laden, und die Erschienenen zu hören.[2]

1. Die Theilungsmasse festzustellen, ist der erste Zweck des Termines. Sie besteht aus dem, was der Ersteher an Kaufgeld und an Zinsen zu gewähren hat. Es können Summen hinzukommen, welche gleichfalls zu vertheilen sind, wobei aber die besonderen Rechte einzelner Gläubiger zu beachten sind. Dahin gehört Erlös aus Früchten oder beweglichem Zubehör, welche auf Antrag des betreibenden Gläubigers während des Subhastationsverfahrens versteigert wurden,[3] ferner Versicherungsgelder, nicht minder die zur

15) Zwangsvollstreckungsgesetz § 102 Abs. 2.

16) So das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 60 S. 170, vgl. oben § 343 bei Ziff. 3.

17) Zwangsvollstreckungsgesetz § 57 Abs. 6.

1) Zwangsvollstreckungsgesetz § 101 ff. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 § 62.

2) Zwangsvollstreckungsgesetz § 101. Vgl. auch oben § 344 bei Anm. 5.

3) Die Zulässigkeit eines derartigen Antrages bejaht Johow Bd. 1 S. 61, falls sonst die betreffenden Gegenstände dem Antragsteller verloren gehen würden.

Zeit des Zuschlages noch nicht vertheilten Einkünfte aus einer Zwangsverwaltung.[4]

Bei Nichtzahlung der Kaufgelder sind die zur Sicherheit beim Ansteigern hinterlegten Bietungsgelder als Anzahlung auf die Kaufgelder zu behandeln. Besteht die Sicherheit in Papieren, so sind dieselben auf richterliche Anordnung zu veräußern; der Erlös gilt gleichfalls als Anzahlung auf das Kaufgeld.[5]

2. Vertheilung der Theilungsmasse ist der weitere Zweck des Termins. Hierzu hat der Richter in demselben einen Theilungsplan zu entwerfen.[6] Der Plan ist zunächst nur Entwurf, aber unmittelbar auszuführen, soweit Widerspruch nicht erfolgt.[7]

Die Grundlage des Planes bildet das Grundbuch des Steiggrundstücks. Hiernach sind in denselben ohne Anmeldung aufzunehmen[8] die aus dem Grundbuch erhellenden Ansprüche, worin eine der wesentlichsten Garantien liegt, welche das Grundbuch eingetragenen Rechten gewährt. Diese Aufnahme laut Grundbuchs bezieht sich jedoch nur auf das Hauptrecht, die laufenden Zinsen und anderen laufenden Hebungen; bei Kautionshypotheken erstreckt sie sich auf den im Grundbuch eingetragenen Höchstbetrag. Es sind ferner in den Theilungsplan ohne Anmeldung aufzunehmen die Forderungen, für welche das Grundstück in Beschlag genommen, sowie andere, deren Anmeldung in der Zwangsvollstreckung erfolgt ist. Die Anmeldung kann in oder vor dem Termin geschehen. Es genügt die Anmeldung, welche seiner Zeit behufs Feststellung des geringsten Gebotes erfolgte. Anmeldung ist auch nöthig bezüglich der nach Eintragung des Versteigerungsvermerks eingetragenen Rechte, nicht minder soweit es sich um rückständige Zinsen, Hebungen und Kosten handelt. Bei der Anmeldung sind bestimmte Beträge zu beanspruchen. Den beanspruchten Rang und die beanspruchte Art der Befriedigung zu bezeichnen, ist nicht unerläßlich.[9] Ergänzung der Berechnung nach dem Termin ist unstatthaft.[10]

Widerspruch von Betheiligten hindert, soweit er reicht, die Ausführung des Planes. Der Widerspruch hat in oder vor dem Termin zu erfolgen.[11]

---

4) Zwangsvollstreckungsgesetz § 150 Abs. 2, vgl. unten 353.

5) Zwangsvollstreckungsgesetz § 102 Abs. 3, § 103, vgl. R.C.P.O. § 722.

6) Zwangsvollstreckungsgesetz § 104.

7) Ist aber der nicht rechtzeitige Widersprechende seiner Rechte vollständig verlustig oder kann er noch Klage wegen der einem Andern durch den Vertheilungsplan zugewendeten Bereicherung erheben? Für das Letztere R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 403, Dernburg Pr. Hyp. Recht S. 427.

8) Zwangsvollstreckungsgesetz § 106. Die Fassung des Gesetzes ist schief. Alle Aufnahmen in den Vertheilungsplan erfolgen „von Amtswegen"; aber einige ohne Anmeldung, andere nur in Folge Anmeldung."

9) Zwangsvollstreckungsgesetz § 104 Abs. 2.

10) Zwangsvollstreckungsgesetz § 104 Abs. 3.

Wird der Widerspruch vom Gegentheil anerkannt, so ist der Plan entsprechend zu berichtigen. Sonst bedarf es der Klage. Dem Widersprechenden liegt es ob, zu klagen, wenn die bestrittene Forderung vollstreckbar ist, wie auch dann, wenn deren Vorhandensein und Betrag aus dem Grundbuche hervorgeht. Nur wenn die Klagerhebung innerhalb eines Monates vom Terminstage an nachgewiesen wird, hemmt in diesem Fall der Widerspruch die Ausführung des Planes. Dagegen hat bei nicht eingetragenen und nicht vollstreckbaren, in den Plan aufgenommenen aber bestrittenen Forderungen der Gläubiger die Klage auf Anerkennung zu erheben,[12] [13] widrigenfalls die Ausmerzung der Forderung aus dem Plan erfolgt.

Ueber die Rechtsbeständigkeit und den Vorrang der Ansprüche entscheiden die Grundsätze des materiellen Rechtes.[14]

3. Der Kaufpreis ist, wie hervorgehoben wurde, nach jetzigem Rechte theils durch Uebernahme von Ansprüchen, theils durch Baarzahlung zu berichtigen.

Zu übernehmen sind die bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigten eingetragenen Realansprüche, soweit es sich nicht um Nebenleistungen handelt. Sind Realansprüche noch schwebende — bedingte, Kautionshypotheken, auch Korrealhypotheken — so hat der Ersteher für den Fall ihres Ausfalls Ersatzansprüche zu übernehmen.[15] In die Schwebe geräth aber auch ein rechtlich unbedingter Anspruch, wenn er durch einen Widerspruch betroffen wird.

Die Uebernahme wird durch die zur Ausführung des Planes protokollarisch festgestellte Erklärung des Richters vollendet. Der Ersteher haftet für die übernommenen Forderungen persönlich, zugleich wird das Grundstück nach Maßgabe derselben dinglich verhaftet.

Befriedigung des Gläubigers „aus dem Grundstück" liegt darin nicht, daß der Ersteher die Schuld in Gemäßheit der gesetzlichen Kaufbedingungen übernimmt.[16] Mitverhaftete Grundstücke bleiben daher in der Mithaftung, und es wird der bisherige persönliche Schuldner nicht befreit. Es findet jedoch,

11) Ueber die Behandlung des Falles, daß ein vor dem Termine angemeldeter Anspruch in dem Plan nicht aufgenommen ist vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 113 Abs. 3, Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 424.

12) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 113, 114, R. G. im Just. Min. Bl. 1888 S. 227.

13) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 108.

14) Der Streit wird zwischen dem berücksichtigten Gläubiger und dem widersprechenden allein erledigt. Vgl. R. G. Bd. 26 S. 420 und Dernburg Pr. Hyp. R. S. 425.

15) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 107, 57.

16) Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 58 und 59.

wie bei einzelverhafteten Grundstücken, die Bestimmung des § 41 des Eig. Erw. Gesetzes vom 5. Mai 1872 Anwendung.

4. Was die nach den gesetzlichen Kaufbedingungen baar zu zahlenden Beträge anlangt, so sind sie entweder im Termine an den Richter zu zahlen oder es ist diesem spätestens im Termine die Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle nachzuweisen.[17]

Die Gelder werden den Antheilsberechtigten, sofern der Theilungsplan rechtskräftig wurde und sofern sie sich als die zu der bezüglichen Post Berechtigten legitimiren, baar ausbezahlt. Es kann jedoch die Uebernahme einer nach den gesetzlichen Kaufbedingungen baar zu zahlenden Forderung in Gemäßheit des Willens der Betheiligten als Kaufbedingung gestellt sein, oder es kann der Ersteher die aus dem baar zu zahlenden Kaufgelde zur Hebung kommenden Forderungen noch nachträglich mit Einwilligung der betreffenden Gläubiger übernehmen.[18] Derartige Uebernahme wirkt wie eine aus dem Grundstücke gewährte Befriedigung. Der persönliche Schuldner wird daher bis zum Belauf der übernommenen Forderung von seiner Schuld befreit und mitbelastete Grundstücke treten in demselben Betrage aus der Pfandhaftung.

Kommt es weder zur Zahlung noch zu derartigen Vereinbarungen, so wird den Antheilsberechtigten ein entsprechender Theil des rückständigen Kaufgeldes überwiesen. Solche Ueberweisung befreit zwar zunächst den persönlichen Schuldner der Forderung nicht. Sie wirkt aber wie eine aus dem Grundstücke gewährte Befriedigung, wenn der Gläubiger die Wiederversteigerung des Grundstückes nicht binnen 6 Monaten nach der Ueberweisung auf Grund der Nichtberichtigung des Kaufgeldes beantragt und demnächst ohne Verzögerung durchführt. Denn wenn er diese Schritte unterläßt, kreditirt er dem Ersteher; es ist also billig, daß er die Verantwortung hierfür trägt und nicht auf den persönlichen Schuldner abwälzt. Ist die Wiederversteigerung nicht durchführbar, weil das geringste Gebot nicht erreicht wird, so bleibt der ursprüngliche persönliche Schuldner verhaftet.

5. Wird der Richtigkeit oder dem Vorrechte einer in den Theilungsplan aufgenommenen Forderung von einem Betheiligten rechtzeitig widersprochen, so sind die bezüglichen baar zu zahlenden Geldbeträge zu hinterlegen. Entsprechend wird verfahren, wenn zu einer Forderung, welche aus dem baar zu zahlenden Kaufgelde zu tilgen ist, ein Gläubiger nicht legitimirt ist. Muß es letzterenfalls wegen Nichtzahlung des Kaufgeldes zu einer Ueberweisung

17) Zwangsvollstreckungsgesetz § 102 Abs. 2 und 3.
18) Zwangsvollstreckungsgesetz § 116 Abs. 1 und 2.

kommen, so geschieht dieselbe an die noch unbekannten Berechtigten mit Vorbehalt der Feststellung derselben.

Zur Ermittelung der unbekannten Berechtigten einer zur Hebung kommenden, baar zu zahlenden Forderung hat das Vollstreckungsgericht einen Pfleger zu bestellen. Wird der Berechtigte nicht ermittelt, so kann derjenige, welcher nach dem Vertheilungsplan den hinterlegten oder überwiesenen Betrag eventuell zu beanspruchen hat, ein Aufgebotsverfahren zum Zweck der Ausschließung der ihm vorgezogenen Ansprüche beantragen.[19]

6. Auf Grund des Zuschlagsurtheiles und des Kaufgeldervertheilungsprotokolles hat der Vollstreckungsrichter von Amtswegen den Grundbuchrichter zu ersuchen, die Aenderungen des Realzustandes des versteigerten Grundstückes einzutragen. Es erfolgt daher Löschung des Versteigerungsvermerks, Eintragung des Erstehers als Eigenthümers, sowie der erforderlichen Aenderungen der nach den gesetzlichen Kaufbedingungen zu übernehmenden Ansprüche. Ferner sind alle Realforderungen zu löschen, welche nicht nach den gesetzlichen Kaufbedingungen auf den Ersteher übergehen oder von demselben freiwillig übernommen worden sind.[20] Rückständige baar zu zahlende Kaufgelder werden den Antheilsberechtigten in der festgestellten Rangordnung als Hypothek zugeschrieben.[21] Diese Hypothek ist nicht die alte des Realberechtigten, welche vielmehr gelöscht wird, sondern eine neue, richterliche, unmittelbar vollstreckbare.

§ 352. Wiederversteigerung.[1]

Zum Antrag auf Wiederversteigerung — Resubhastation — des Grundstückes ist Jeder befugt, dem baar zu entrichtende Kaufgelder im Vertheilungsverfahren überwiesen, aber rückständig geblieben sind. Zu den Kaufgeldern gehören natürlich auch deren vom Ersteher zu entrichtende Zinsen.

1. Die Wiederversteigerung bildet nicht, wie bei anderweiter Versteigerung zwangsweise versteigerter beweglicher Sachen der Fall ist, die Wiedereröffnung des Zwangsverfahrens gegen den Schuldner, vielmehr liegt in ihr ein neues Verfahren und zwar gegen den Ersteher.[2] Denn der durch den Zu-

19) Zwangsvollstreckungsgesetz § 131 ff.

20) Zwangsvollstreckungsgesetz § 124, Ziff. 4.

21) Hinsichtlich der Vernichtung vorgelegter Urkunden über Hypotheken, welche vom Ersteher nicht übernommen werden, vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 122.

1) Vgl. L. R. I, 11 § 346, Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883 § 128, Dernburg Pr. Hyp. Recht S. 432.

2) R. C. P. O. § 718. So auch im römischen Rechte beim pignus ex causa judicati captum l. 15 § 7 D. de re judicata 42, 1.

schlag bewirkte Eigenthumsübergang des Grundstücks wird nicht rückwärts hin aufgehoben. Die Wiederversteigerung hat also ihre Grundlage in dem trotz Nichtzahlung fortbestehenden Eigenthum des Erstehers und in der Forderung des Antheilsberechtigten ihm gegenüber. Demnach bleiben dem Ersteher die Nutzungen der Zwischenzeit bis zur neuen Beschlagnahme. Durch Konfusion untergegangene Rechte des Erstehers an dem versteigerten Grundstücke leben in Folge der Wiederversteigerung nicht wieder auf. Die Wiederversteigerung ist auch gegen die Rechtsnachfolger des Erstehers zulässig, da sie aus dem Grundbuch erkennen mußten, daß sie ein der Wiederversteigerung ausgesetztes Grundstück erwarben.[3] Sie ist aber nur so lange verstattet, als der Ersteher noch nicht als Eigenthümer eingetragen oder, wenn dies bereits geschah, als das Kaufgeld auf Grund des Zuschlagsurtheiles im Grundbuche eingetragen steht. Stundung der Kaufgelder schließt den Antrag auf Wiederversteigerung nach Ablauf der Stundungsfrist nicht aus.

2. Die Einleitung der Wiederversteigerung ist erleichtert.

Zwangsvollstreckung jeder Art gegen den Ersteher wird schon durch vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsurtheils begründet, die durch den Subhastationsrichter mit einer Vollstreckungsklausel versehen ist, in welcher die Ueberweisung der Kaufgelder an den betreibenden Theil erwähnt wird; Zustellung einer Urkunde über die Ueberweisung ist nicht erforderlich.[4] Auch bedarf es zur Wiederversteigerung der Beibringung neuer Auszüge aus den Steuerbüchern nicht, sofern der Versteigerungsantrag innerhalb 3 Monaten von dem Kaufgelderbelegungstermin ab gestellt wird.[5]

3. Die Wiederversteigerung kann, wie von den am früheren Verfahren betheiligten Gläubigern, so auch von ehemaligen Subhastaten, sofern ihnen Kaufgelder überwiesen sind, beantragt werden. Kein Betheiligter ist an die Zustimmung der übrigen gebunden. Der etwa bei der Wiederversteigerung erlöste Mehrbetrag über die im ersten Verfahren erzielte Summe hinaus ist dem Ersteher oder seinem Rechtsnachfolger, gegen welchen das Verfahren eingeleitet wird, nicht aber dem ursprünglichen Subhastaten zuzuwenden. Dagegen bleibt der Ersteher für den Ausfall an dem von ihm geschuldeten Kaufpreis persönlich haftbar.

4. Wenn auch die Wiederversteigerung rechtlich ein neues Verfahren bildet, so besteht doch nach der praktischen Seite und für die Auffassung des

3) Belastungen, welche der Ersteher bewilligt hat, sind an sich rechtsbeständig. Inwieweit sie auf den Ersteher in der Wiederversteigerung übergehen oder in derselben zu übernehmen sind, ergiebt sich aus dem Zwangsvollstreckungsgesetz § 22 Abs. 2 und 3 und § 60, oben § 348 bei Ziff. 4.

4) Zwangsvollstreckungsgesetz § 129. R. C. P. O. § 662 ff.

5) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 128 Abs. 2 und § 14 daselbst.

Lebens ein enger Zusammenhang mit dem früheren Verfahren. Dies konnte für die rechtliche Gestaltung nicht ohne Einfluß bleiben. Insbesondere behalten bei einer bereits im Kaufgeldervertheilungstermin beantragten Wiederversteigerung die Rückstände an Zinsen und wiederkehrenden Hebungen ihren bisherigen Rang.[6]

Jeder Antheilsberechtigte ist befugt, die Zwangsvollstreckung gegen den in Folge Abtretung seiner Rechte aus dem Meistgebot in der Zuschlagsurtheilsformel für mitverhaftet erklärten Meistbietenden zu betreiben. Dieselbe erfolgt auf Grund vollstreckbarer Ausfertigungen des Zuschlagsurtheils.[7]

§ 353. Zwangsverwaltung.[1]

1. Da das Gesetz vom 13. Juli 1883 die Durchführung der Zwangsversteigerung durch die Anforderung des geringsten Gebotes erheblich erschwerte, lag ihm nahe, das andere Mittel der Zwangsvollstreckung, die Zwangsverwaltung — Sequestration — möglichst praktisch auszubilden. Zu diesem Zwecke zog man die landschaftlichen mit Korporationsrechten versehenen Kreditanstalten heran, welche die erforderlichen technischen Kräfte zur Verfügung haben und die sich unter Umständen auch zu den für die Wiederherstellung des Gutes nöthigen Vorschüssen verstehen.[2]

2. Die Einleitung der Zwangsverwaltung knüpft sich im Wesentlichen an dieselben Voraussetzungen, wie die Zwangsversteigerung. Der Antrag bedarf jedoch der Beibringung eines Auszuges aus den Steuerbüchern nicht. Die Zwangsverwaltung kann ferner zu Gunsten der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger auch dem gegenüber eingeleitet werden, welcher, wie durch Urkunden glaubhaft gemacht wird, bloßen Eigenthumsbesitz des Grundstücks hat,[3] auch wenn er nicht, wie zu dessen Zwangsversteigerung erforderlich wäre, dessen Eigenthümer ist. Hierdurch soll die Einleitung der Zwangsverwaltung insbesondere dann erleichtert werden, falls das Grundstück verkauft und dem Käufer übergeben, aber noch nicht aufgelassen ist.

---

6) Zwangsvollstreckungsgesetz § 124 Abs. 4, vgl. auch § 57 Abs. 2 und oben § 346 bei Ziff. 4 und 5. Streitig ist, ob die Vollmacht, die Rechte eines Subhastationsinteressenten in einer Zwangsversteigerung wahrzunehmen, auch für die Wiederversteigerung ausreicht. Es bejaht Johow Jahrbuch Bd. 3 S. 64. Die Bejahung ist richtig für eine sofort im Vertheilungstermine beantragte Wiederversteigerung.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz § 129. R. C. P. O. § 662 ff., oben Anm. 4.

1) Zwangsvollstreckungsgesetz § 139 ff. Vgl. A. G. O. I, 24 § 116 ff. Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 416 ff. — Peiser, die Zwangsverwaltung von Grundstücken 1888, Dernburg Preuß. Hypothekenrecht S. 433.

2) Bezügliche Bestimmungen wurden von der Kommission des Herrenhauses vorgeschlagen und demzufolge in das Gesetz aufgenommen. Vgl. unten bei Ziff. 3.

3) Zwangsvollstreckungsgesetz § 139 Abs. 2.

In dem Beschlusse über Einleitung der Zwangsverwaltung ist wie in demjenigen über die Zwangsversteigerung die Beschlagnahme zu Gunsten des betreibenden Gläubigers auszusprechen. Die Beschlagnahme wird vollzogen durch Zustellung des Beschlusses an den Schuldner, aber auch durch Uebergabe des Grundstückes an den Verwalter und im Fall des Beitrittes eines Gläubigers durch Zustellung des Zulassungsbeschlusses an den Verwalter.[4] Die Beschlagnahme bewirkt für den betreibenden persönlichen Gläubiger, solange sie aufrecht erhalten wird, auch ein Pfandrecht an den Einkünften des Grundstücks.[5] Sie entzieht dem Schuldner jede Art der Verfügung über den Gegenstand der Zwangsverwaltung.[6] Dem auf dem Grundstück wohnenden Schuldner sind jedoch die ihm und seiner Familie unentbehrlichen, für die Verwaltung nicht erforderlichen Wohnungsräume zu belassen. Ueber den Umfang der Belassung entscheidet das Vollstreckungsgericht. Sie ist vom Gericht aufzuheben, wenn der Schuldner oder dessen Familie das Grundstück oder die Verwaltung desselben gefährden.[7]

3. Das Gericht ernennt den Verwalter,[8] setzt ihn in das Grundstück, giebt ihm die Anweisungen für seine Geschäftsführung, beaufsichtigt ihn und nimmt ihm die Rechnung ab, welche dem Gläubiger und dem Schuldner alljährlich, und nach Beendigung der Verwaltung zu stellen ist.[9]

Den mit Korporationsrechten versehenen Kreditanstalten kann durch statutarische Bestimmung mit landesherrlicher Genehmigung ein Anspruch auf Ueberweisung dieser gerichtlichen Aufgaben bezüglich der von ihnen beliehenen Grundstücke beigelegt werden. Sie können dieselben auf Ersuchen des Gerichtes auch bezüglich der von ihnen nicht bepfandbrieften landwirthschaftlich oder forstwirthschaftlich benutzten Grundstücke

---

4) Zwangsvollstreckungsgesetz § 139, § 143 Abs. 2.

5) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 143 Abs. 1, R. G. Bd. 19 S. 302.

6) Zwangsvollstreckungsgesetz § 140 Abs. 1. R. G. im Just. Min. Bl. 1888 S. 206, R. G. Bd. 20 S. 290. Der Umfang der Zwangsverwaltung kann in Gemäßheit besonderen Antrages des Gläubigers ein eingeschränkter sein.

7) Zwangsvollstreckungsgesetz § 141 bezeichnet das Belassen des Schuldners auf seinem Grundstück in den für die Verwaltung des Grundstücks nicht erforderlichen Wohnräumen als „Vergünstigung". — In Wirklichkeit ist es jedoch ein Mißbrauch, wenn die Vollstreckungsmaßregeln auf die für die Verwaltung des Grundstücks nicht erforderlichen Räume, also weiter ausgedehnt werden, als die Zwecke der Zwangsvollstreckung fordern. Von einer „Vergünstigung" durch Belassung des Schuldners unter solchen Umständen ist also keine Rede. Dernburg Preuß. Hyp. R. S. 441.

8) Zwangsvollstreckungsgesetz § 142. Es steht nichts im Wege, daß der Gläubiger in seinem Antrage auf Zwangsverwaltung eine Person als Verwalter vorschlägt; ob das Gericht den Vorschlag berücksichtigt, ist Sache seines Ermessens. Daß Beschwerde gegen die Ernennung eines ungeeigneten oder Entlassung eines geeigneten Verwalters offen steht, ist wohl nicht zu bezweifeln.

9) Zwangsvollstreckungsgesetz § 144. Vgl. oben § 350 Anm. 7.

übernehmen.[10] Die Statuten der älteren Kreditanstalten, wonach denselben die Zwangsverwaltung der von ihnen beliehenen Grundstücke zusteht, sind unberührt geblieben.[11]

4. Der Verwalter ist zu allen Verwaltungshandlungen, insbesondere auch zur Einziehung der in Leistungen Dritter bestehenden Einkünfte an Stelle des Schuldners befugt.[12] Er kann in den Kreis seiner Verwaltung fallende Ansprüche einklagen und ist verpflichtet, einschlagende Klagen zu übernehmen, aber nicht persönlich, sondern nur mit dem von ihm verwalteten Vermögen. Er verwaltet das Grundstück entweder selbst, oder verpachtet oder vermiethet dasselbe nach den gerichtlichen Anweisungen.[13] Er ist nicht lediglich als Vertreter des Schuldners aufzufassen, hat vielmehr für alle beim Verfahren betheiligten Personen zu handeln und allen Betheiligten für die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters einzustehen.[14] Er erhält Vergütung.[15] Das Gericht — beziehungsweise die Kreditdirektion — ist zu Ordnungsstrafen gegen ihn, und zu seiner Entlassung befugt.

5. Aus den Einkünften hat der Verwalter vorweg die Verwaltungskosten,[16] dann die laufenden öffentlichen und gemeinen Abgaben und Leistungen zu berichtigen.[17] Steht zu erwarten, daß die Einkünfte zu weiteren Zahlungen ausreichen, so ist ein Vertheilungsplan aufzustellen, über welchen

---

10) Zwangsvollstreckungsgesetz § 145.

11) Zwangsvollstreckungsgesetz § 202 in Verbindung mit E. G. Ges. § 71. Ueber diese Statuten vgl. Brünneck bei Gruchot Bd. 28 S. 48. 318. 489.

12) Im wesentlichen ist L. R. I, 14 § 109 ff. — unten Bd. 2 § 184 — maßgebend. Näheres bei Dernburg Pr. Hyp. R. S. 487. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1111 und Bd. 34 S. 1114.

13) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 140 Abs. 1, § 142 Abs. 3. Die Legitimation des Verwalters erstreckt sich hiernach auf laufende, wie auf rückständige Zinsen oder Hebungen, namentlich auch auf Mieth- und Pachtzinsen, vgl. R. G. Bd. 24 S. 273, im Just. Min. Bl. 1888 S. 206. Dem Verwalter steht die Ausübung der Rechte eingetragener Gläubiger auf Mieth- und Pachtzinsen, welche der Schuldner unzulässigerweise im Voraus erhoben, abgetreten oder verpfändet hat — E. G. Gesetz § 31, oben § 329 bei Ziff. 6 a. E. — nicht zu.

14) Zwangsvollstreckungsgesetz § 144 Abs. 3. Das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, wer Ansprüche gegen den Verwalter wegen dessen Verschuldung erheben kann. Richtiger Ansicht nach kann dies nicht bloß der Gläubiger und der Schuldner, sondern jeder Beschädigte. Dahin gehört auch der künftige Ersteher des Grundstücks, R. G. Bd. 24 S. 306. Der Richter begründet bei der Bestellung des Verwalters auch diesen Anspruch — vgl. oben § 343 im Text hinter Anm. 18 — zu Gunsten eines Jeden, den es angeht. Er ist wie ein vertragsmäßiger zu behandeln und unterliegt nicht der dreijährigen Verjährung außerkontraktlicher Schadensansprüche.

15) Zwangsvollstreckungsgesetz § 144 Abs. 1 und 4.

16) Zwangsvollstreckungsgesetz § 148 Abs. 1. Zu den Verwaltungskosten rechnet das Gesetz nicht bloß die vom Gläubiger zur Erhaltung und nöthigen Verbesserung des Grundstückes vorgeschossenen, sondern auch die von dem Verwalter innerhalb der ihm ertheilten Anweisungen gemachten. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1115.

17) Vgl. Zwangsvollstreckungsgesetz § 148 Abs. 2. Kommt es zur Aufstellung eines Theilungsplanes, so sind auch solche Leistungen in denselben aufzunehmen.

ähnlich wie im Falle der Zwangsversteigerung verhandelt wird. Eine Abänderung des Planes kann auch nach seiner Ausführung bezüglich der Vertheilung künftiger Eingänge bewirkt werden.[18] Die Einkünfte dienen weiter zur Berichtigung der laufenden Leistungen und Zinsen derjenigen Ansprüche, welche den betreibenden Gläubigern vorgehen, dann erst zur Befriedigung der Forderungen der betreibenden Gläubiger nicht nur an Nebenleistungen, sondern auch an Kapital.[19] Kommt es zur Zwangsversteigerung, so sind die noch nicht vertheilten Einkünfte zwar zu der bei der Kaufgelderbelegung zu vertheilenden Masse abzuführen, aber hier nach den für die Zwangsverwaltung geltenden Regeln zu vertheilen.[20]

6. Die Zwangsverwaltung endigt mit dem Aufhebungsbeschlusse des Gerichts. Derselbe hat zu erfolgen, wenn die betreibenden Gläubiger befriedigt werden, nicht minder, wenn dieselben die zur Aufrechterhaltung der Beschlagnahme nöthigen und geforderten Geldmittel nicht vorschießen.[21] [22]

Zweites Kapitel.

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

I. Das Vertragspfandrecht.

§ 354. Bestellung. Form.

1. Die regelrechte Form für die Verpfändung von beweglichen Sachen — das Mobiliarpfandrecht — ist Uebertragung der Gewahrsam auf den Gläubiger.[1] Diese Form soll Dritten die Verpfändung erkennbar machen, dieselben mindestens vor der Täuschung bewahren, als stehe dem Verpfänder noch das freie Verfügungsrecht über die Pfandsache zu. Daher genügt zur Verpfändung die Vereinbarung nicht, daß der Ver-

---

18) Zwangsvollstreckungsgesetz § 149.

19) Zwangsvollstreckungsgesetz § 147 Abs. 1 und 3, bezüglich der Revenüenhypotheken Abs. 2. Dem betreibenden Gläubiger nachstehende Ansprüche kommen nicht zur Befriedigung. Denn das Verfahren ist aufzuheben, wenn dieser befriedigt ist.

20) Zwangsvollstreckungsgesetz § 150 Abs. 2, oben § 351 bei Anm. 4. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1118.

21) Zwangsvollstreckungsgesetz § 154. Die Aufhebung erfolgt von Amtswegen, wenn der Gläubiger aus den Einkünften des Grundstückes befriedigt ist, auf Antrag, wenn die Befriedigung in anderer Weise geschah.

22) Ueber die Endigung der Zwangsverwaltung im Falle der Zwangsversteigerung des verwalteten Grundstückes vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 397, Dernburg Pr. Hyp. R. S. 435.

1) Vgl. L. R. I, 20 § 7. H. G. B. Art. 309. Siehe über älteres Recht Meibom Deutsches Pfandrecht S. 317 ff.

pfänder die in seinem Gewahrsam verbleibende Sache im Namen des Gläubigers besitzt — constitutum possessorium.[2]

Neben der realen kennt das Landrecht s. g. symbolische Verpfändung, welche einmal s. g. symbolische Uebergabe, dann Maßregeln um Dritten die Verpfändung erkennbar zu machen, endlich schriftliche Beurkundung fordert.[3]

2. Die Reichsjustizgesetze haben in das Mobiliarpfandrecht dadurch eingegriffen, daß sie die Bedingungen für dessen Wirksamkeit gegenüber anderen Gläubigern — zunächst im Konkurse, dann auch gegenüber dem Pfändungspfandrecht — selbständig regelten.[4]

Hierbei verfolgt die Reichsgesetzgebung zwar denselben Gedanken, wie das Landrecht, indem sie zu einem vollwirksamen Pfandrecht an beweglichen Sachen Gewahrsam des Gläubigers, oder eines Dritten für ihn verlangt; aber sie hat diesem Grundgedanken schroffere Ausbildung gegeben.[5] Insbesondere kennt sie symbolische Verpfändung nicht. Die bezüglichen Fälle des Landrechtes sind jedoch theilweise von einem anderen Gesichtspunkte aus aufrecht zu erhalten.

Es ist nämlich anzunehmen, daß im Sinne der Reichsjustizgesetze, die Gewahrsam des Gläubigers eine ausschließliche nicht sein muß, daß vielmehr gemeinsame Gewahrsam mit dem Verpfänder genügt, sofern das Pfandrecht Dritten erkennbar und thatsächlich sicher gestellt ist. Die Verpfändung ist daher auch im Sinne der Reichsgesetze wirksam, wenn die verpfändeten Waaren — z. B. in den Scheunen, Magazinen, Kellern des Ver-

---

2) Vgl. L. R. I, 20 § 105. Durch s. g. traditio brevi manu kann dem bisherigen Inhaber, z. B. dem Depositar, gültigerweise verpfändet werden. Allerdings fehlt hier die Erkennbarkeit des Verpfändungsaktes. Aber diese ist durch die Besitzübertragung ohnehin nur annähernd zu erreichen. Jedenfalls ist, worauf das Hauptgewicht liegt, dem Verpfänder die Verfügungsmacht entzogen. Man wird daher solche Verpfändung nicht beanstanden können. Anerkannt durch R. O. H. G. Bd. 20 S. 77. Vgl. noch R. O. H. G. Bd. 14 S. 102.

3) L. R. I, 20 § 271—389. Die Vorschriften sind der Deklaration vom 16. Juli 1785 — N. C. C. tom. VII p. 3149 — entnommen. Vgl. Suarez Schlußvorträge in Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 60. Ueber Verpfändung durch symbolische Uebergabe handelt R. Koch in Behrends Zeitschrift Bd. 5 S. 341 ff. Vgl. auch oben § 152 bei Ziff. 1.

4) Vgl. Einführungsgesetz zur R. K. O. § 14, und R. C. P. O. § 709.

5) Je schroffer das Gesetz für die Verpfändung beweglicher Sachen an der Besitzaushändigung festhält, desto mehr wird der Verkehr dazu gedrängt, in Fällen, in welchen der Kapitalbedürftige sich des Naturalbesitzes der zur Sicherung des Kapitalisten bestimmten Sachen thatsächlich nicht entschlagen kann, die Zwecke des Pfandrechts in anderen Rechtsformen zu erreichen. Das geschieht namentlich durch Verkauf mit Zurückhaltung des Naturalbesitzes und Uebereignung mittels constitutum possessorium unter Vereinbarung des Wiederkaufs durch den Verkäufer. Gegen diese Geschäfte, gefährlicher für den Kapitalbedürftigen als bloße Verpfändung, und unerkennbar für Dritte, ist das Recht wehrlos. R. G. Bd. 13 S. 200. Siehe auch Linckelmann die Sicherheitsenteignungen in Kohlers Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7 S. 7.

pfänders lagernde Bodenerzeugnisse oder Fabrikate — unter doppelten Verschluß des Gläubigers und des Verpfänders genommen werden, wie dies zur Vermeidung lästigen Transportes, oder weil der Verpfänder die Waaren dem Gläubiger nicht anvertrauen will, nicht selten geschieht.[6] Da ferner auch Dritte die Gewahrsam für den Verpfänder und den Gläubiger gemeinsam üben können, so erachten wir es als im Sinne der Reichsgesetze zur Verpfändung ausreichend, wenn auf Holzhöfen oder in sonstigen offenen Räumen lagernde Sachen unter offensichtlicher Bezeichnung des Gläubigers der Art verpfändet werden, daß ein Aufseher zur Wahrung der Besitzrechte beider Theile bestellt wird.

Das Landrecht seinerseits unterstellt symbolische Uebergabe in solchen Fällen; daher sind dessen Vorschriften über symbolische Verpfändungen zu beachten. Nach diesen steht die gedachte Weise der Verpfändung nur Gewerbetreibenden[7] offen und bedarf schriftlicher Beurkundung, bei im Freien lagernden Sachen gerichtlichen oder notariellen Protokolles.[8]

3. Folgende Fälle s. g. symbolischer Verpfändung der Landesgesetze hat die Reichsgesetzgebung ausdrücklich zugelassen.[9]

a) Für die Verpfändung von aufgespeicherten oder niedergelegten Waaren, Fabrikaten, Boden- oder Bergwerkserzeugnissen, sowie auf dem Transport befindlichen Gütern steht nach einem Vorbehalt des Reichsrechtes der Uebergabe der Pfandsache die Uebergabe des auf den Gläubiger übertragenen Konnossementes, Ladescheines, Lagerscheines oder ähnlichen Papieres gleich, sofern der Gläubiger durch dasselbe in die Lage gesetzt ist, den Verpfänder und Dritte von der Verfügung über die Pfandsache auszuschließen.

b) Verpfändung ohne Uebergabe läßt das Reichsrecht außerdem zu bei der Flußfrachtschifffahrt dienenden Schiffen, ferner bei Seeschiffen jeder Art, endlich bei Parten solcher Schiffe.

Die Verpfändung der Flußfrachtschiffe geschieht durch gerichtliche oder notarielle Einschreibung auf den vom Schiffer zu führenden Papieren, insbesondere dem Meßbriefe, sowie auf dem Kaufbriefe des Verpfänders oder

---

6) R. O. H. G. Bd. 14 S. 104, Eccius Bd. 3 § 196 Anm. 1a.

7) L. R. I, 20 § 331 ff. gesteht symbolische Verpfändung nur „Kaufleuten, Fabrikanten, Rittergutsbesitzern und Domänenpächtern" zu, was für heutige Verhältnisse zu enge wäre. Wir finden den Grundsatz argumento a contrario in L. R. I, 20 § 334, wo die symbolische Verpfändung bei Personen für unzulässig erklärt wird, welche nur ein- oder anderesmal — also nicht gewerbsmäßig — dergleichen Waare kaufen oder verkaufen. Ueber symbolische Verpfändung von Fabrikutensilien vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 243.

8) L. R. I, 20 § 361.

9) L. R. I, 20 § 349 ff. § 367 ff. Einführungsgesetz zur R. K. O. § 14 Abs. 2 Ziff. 1. Vgl. die im Ausführungsgesetz zur R. K. O. vom 6. Mai 1879 § 5 für den Geltungsbereich des gemeinen Rechtes getroffenen Bestimmungen.

auf Urkunden, welche sonst sein Eigenthum darthun,[10] und durch Zustellung einer beglaubigten Abschrift dieser Urkunden an den Gläubiger.[11] Schriftlichkeit der Verpfändung ist in diesen Fällen erforderlich, weil das Landrecht dieselben der symbolischen Verpfändung einordnet und diese, wie erwähnt, Schriftlichkeit verlangt.[12]

Für die Kauffahrteischiffe, d. h. die zum Erwerb durch Seefahrt bestimmten Schiffe besteht ein öffentliches Buch, das Schiffsregister, welches von dem Gerichte desjenigen Hafens, von welchem aus die Seefahrt mit ihm betrieben wird — des Heimathshafens — geführt wird. Dasselbe giebt über die Beschaffenheit des Schiffes und über dessen Eigenthümer Auskunft, und dient der dem Eigenthümer amtlich auszustellenden Bescheinigung über die Eintragung seines Schiffes in das Schiffsregister — dem Certifikat — zur Grundlage.[13] Die Verpfändung der Kauffahrteischiffe vollzieht sich durch Eintragung in dieses Schiffsregister, welche auf der Verpfändungsurkunde und dem Certifikate zu vermerken ist. Die Rangordnung mehrerer eingetragener Gläubiger richtet sich nach der Zeitfolge der Eintragung in das Register.[14] Eine solche Verpfändung nähert sich hiernach der Hypothek an Grundstücken. Doch haben die Eintragungen im Schiffsregister keinen öffentlichen Glauben. Die Gültigkeit des Pfandrechtes bleibt also abhängig von dem Rechte des Bestellers.

4. Der Verpfändung gehen mitunter Vereinbarungen vorher, mittels deren Pfandsicherung zugesagt wird und Klage auf Pfandbestellung erzeugen. Dieselben sind verschieden von den Verpfändungsverträgen selbst, welche das Pfandrecht unmittelbar erschaffen, falls Uebergabe der Pfandsache — sei es gleichzeitig, sei es nachher — hinzukommt.[15]

Der Verpfändungswille wird nicht immer geradezu und unverhüllt erklärt. Vielfach bevorzugt der Verkehr indirekte Erklärungen, weil man nicht

---

10) L. R. I, 20 §§ 300, 302, 303. — Der § 302 spricht von der Einzeichnung auf dem Beilbriefe. Dies konnte sich aber nur auf Seeschiffe beziehen, da über Stromschiffe Beilbriefe nicht ertheilt werden. Vgl. Strietshorst Archiv Bd. 66 S. 157.

11) L. R. I, 20 § 305.

12) Dies gilt auch für Handelsgeschäfte. Denn H. G. B. Art. 317 bezieht sich nicht auf die Formen der Entstehung dinglicher Rechte. R. G. Bd. 14 S. 297, bei Gruchot Bd. 28 S. 1044.

13) H. G. B. Art. 433 ff. Reichsgesetz vom 25. Oktober 1867 betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe. § 3 ff.

14) Einführungsgesetz zum H. G. B. Art. 59. Gegen diese Weise der Verpfändung erklärt sich, wohl von einseitigem Standpunkt aus, Duhn in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 14 S. 146 ff. Daneben ist auch die Verpfändung eines Seeschiffes, wie eines Flußschiffes, als Faustpfand nicht ausgeschlossen.

15) L. R. I, 20 § 110. Vertrag über Verpfändung wird in der Bestellung eines symbolischen Pfandrechtes gesehen, wenn dieselbe zu unmittelbarer Begründung des Pfandrechtes nicht ausreicht, vgl. § 107 des Titels.

gern ausdrücklich eingesteht, daß man eines Darlehens gegen Pfandbestellung bedarf; daher bedient man sich z. B. der Ausdrücke „Deponiren", „Deckung geben", „Kaution stellen".[16]

5. Die Nothwendigkeit der realen oder wenigstens symbolischen Besitzübertragung an den Gläubiger erschwert Verpfändung derselben Sache an Mehrere, macht sie aber nicht unmöglich.[17]

Man kann nämlich Mehreren gleichzeitig so verpfänden, daß ein Dritter für sie, oder einer der Gläubiger zugleich für den Mitgläubiger besitzt. Verpfändung derselben Sache an Verschiedene zu verschiedenen Zeiten ferner läßt sich so denken, daß der Verpfänder ohne Willen des ersten Gläubigers in den Besitz der Pfandsache zurückgelangte und dieselbe sodann einem anderen Gläubiger verpfändete.[18] Es sind auch andere Weisen mehrfacher Verpfändung möglich; z. B. werden die in einen Waarenspeicher eingebrachten Waaren dem Inhaber des Speichers verpfändet und der Waareneigenthümer verpfändet dann die Waaren durch Uebergabe der Waarenscheine einem zweiten Gläubiger. In derartigen Fällen kann das Datum des Pfandrechtes für den Vorrang wichtig werden. Ein für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestelltes Pfandrecht datirt nach richtiger Ansicht schon vom Augenblick der Besitzübergabe des Pfandes an, nicht erst von dem späteren Zustandekommen der Forderung.[19] [20]

§ 355. Voraussetzungen des Mobiliarpfandrechts.

Zur Begründung des Mobiliarpfandrechtes ist nothwendig:

1. Der Verpfänder muß Eigenthümer der Pfandsache sein oder Vollmacht haben, für diesen zu handeln. Wer indessen von einem Nichteigenthümer redlicherweise ein Pfand erhielt, kann nach den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechtes Erstattung dessen fordern, was er gegen dies Pfand gegeben hat; auf die ihm geschuldeten Zinsen oder sonst ausbedungene Beträge über den Werth des Geleisteten hinaus erstreckt sich die

---

16) Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 184. Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 S. 892.

17) Anders die früheren Schriftsteller, z. B. Förster Bd. 3 § 194, gegen ihn auch Eccius Bd. 3 § 194 Anm. 85 ff., aber freilich wieder § 196 Anm. 6b. Denn hier wird die Unzulässigkeit einer compossessio plurium in solidum in das Feld geführt. Diese hindert aber die Zulässigkeit des unvollständigen Besitzes Mehrerer nicht. Vgl. noch R. G. Bd. 22 S. 334.

18) Der frühere Gläubiger geht dann in der Regel vor. Rühren die Pfandrechte von verschiedenen Rechtsvorfahren her, so entscheidet das bessere Recht des Rechtsvorfahrs, und in Ermangelung eines solchen der Besitz.

19) Siehe oben § 332 Anm. 4, unten § 355 Anm. 5. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 520 ff.

20) Nach erfolgter Veräußerung tritt das Vertheilungsverfahren von R. C. P. O. § 758 ff. ein. Vgl. Eccius Bd. 3 § 194 Anm. 88 ff.

Erstattungspflicht nicht.[1] Wird der verpfändende Nichteigenthümer später Eigenthümer der Pfandsache, oder wird der Eigenthümer sein Erbe ohne Vorbehalt, so erhält das Pfandrecht nachträglich Gültigkeit, jedoch unbeschadet der in der Zwischenzeit erworbenen Rechte Dritter.[2] Auch durch spätere Genehmigung des Eigenthümers erhält das vom Nichteigenthümer ausgehende Pfandrecht nachträgliche Geltung. Diese Genehmigung kann stillschweigend geschehen.[3]

2. Erwerben kann ein Mobiliarpfandrecht nur ein Forderungsgläubiger, da dasselbe die accessorische Natur behalten hat, welche das römische Recht dem Pfandrechte beilegte.[4] Auch künftige Ansprüche können durch Mobiliarpfand versichert werden.[5] Pfandbestellung für einen ungültigen Anspruch ist ohne Wirkung, erlangt aber Kraft von Anfang an, wenn die ursprünglich ungültige Forderung in der Folge rechtsbeständig wird.[6] Klagbarkeit der Forderung, für welche das Mobiliarpfand gegeben wird, ist nicht nothwendig; es genügt daher namentlich ein bloß mündliches, um deswillen klagloses Schuldversprechen. Nach besonderer Bestimmung des Landrechtes darf der Empfänger sogar, wenn die zu versichernde Forderung wegen Formmangels nichtig ist, die Pfandsache bis zur Erstattung des Geleisteten zurückhalten.[7]

3. Versichert sind nach gesetzlicher Regel außer der Hauptsumme Zinsen, Kosten, nothwendige Auslagen, sowie vom Verpfänder genehmigte nützliche Verwendungen.[8]

§ 356. Gegenstand des Mobiliarpfandrechts.

1. Gegenstand des Mobiliarpfandes können bewegliche Sachen jeder Art sein, wenn sie veräußerlich sind und in die Gewahrsam des Pfandgläubigers treten können. Verpfändbar sind daher auch vertretbare Sachen, z. B. Getreidevorräthe. Möglich ist auch Verpfändung des ideellen Theiles einer

1) L. R. I, 20 § 80 bis § 82, vgl. I, 15 § 25. Es greifen die oben § 188 entwickelten Grundsätze ein. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1015.

2) L. R. I, 20 §§ 16. 17. Von gutem Glauben des Pfandnehmers beim Erwerb ist die Konvalescenz nicht, wie nach gemeinem Recht, abhängig gemacht.

3) L. R. I, 20 § 79 auf Grund der l. 5 § 2 D. in q. c. p. t. c. 20, 2, wobei aber vom Landrecht der dort nicht hervorgehobene Umstand betont wird, daß der sich verbürgende Eigenthümer die Verpfändung kannte.

4) L. R. I, 20 § 46 ff. — oben § 343 bei Ziff. 6 — ist anwendbar.

5) L. R. I, 20 § 14. l. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1, vgl. oben § 332 Anm. 4, § 354 Anm. 18, § 333 bei Anm. 9.

6) L. R. I, 20 §§ 12. 13. Vgl. aber auch R. G. Bd. 27 S. 173, Bd. 30 S. 214. Unter Umständen liegt in der Pfandbestellung eine für den Besteller bindende Anerkennung einer an sich entkräftbaren Forderung. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 545 ff.

7) L. R. I, 20 §§ 97. 98.

8) L. R. I, 20 § 163 ff. § 210 ff.

Sache, insbesondere Seitens eines der Miteigenthümer, falls die Sache in den Besitz oder in den Mitbesitz des Gläubigers gebracht wird. **Künftige Sachen** sind dann im Voraus verpfändbar, wenn dem Gläubiger der Besitz derjenigen Sache, aus welcher sie sich entwickeln, überliefert wird. Dies gilt namentlich von künftigen Früchten.[1]

Auch die Verpfändung einer **Sachgesammtheit**, z. B. eines Waarenlagers, einer Heerde, kann vorkommen, wenn dem Gläubiger oder dessen Vertreter die Gewahrsam eingeräumt wird. Sind die einzelnen Stücke dem Zwecke der Sachgesammtheit gemäß **zur Veräußerung bestimmt**, so tritt das in ordnungsmäßigem Geschäftsgang Veräußerte aus der Pfandverhaftung, während an dessen Stelle angeschaffte Stücke in das Pfandrecht des Gläubigers treten.[2] An **Grundstücken** ist ein Besitzpfandrecht nur in Verbindung mit der Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld im Grundbuche möglich.[3]

2. Das Mobiliarpfandrecht erstreckt sich auf das mitübergebene **Zubehör**, desgleichen auf künstliche oder natürliche An- und **Zuwüchse** der Pfandsache.[4] Es ist z. B. das Füllen mitverpfändet, welches die verpfändete Stute beim Gläubiger wirft.[5]

Erstreckt sich das Pfandrecht an einem **Inhaberpapier** auf die zugehörigen **Zinskoupons und Dividendenscheine**? Dies ist als Wille der Parteien anzusehen, wenn die bezüglichen Scheine oder Talons mit übergeben wurden.[6] Auch etwaige neue Aktien werden zu dem Zuwachs zu rechnen sein, wenn sie dem Besitzer der verpfändeten Aktien nach den Statuten oder nach Beschlüssen der Generalversammlung zu einem günstigeren als dem derzeitigen Börsenkurse überlassen werden.

3. Das ganze Pfand haftet für die ganze versicherte Forderung und jeden Theil derselben — s. g. **Untheilbarkeit des Pfandrechts**.[7]

---

1) L. R. I, 20 § 114. Anstehende Früchte können auch symbolisch durch Maßnahmen gegen unbefugte Fortschaffung, z. B. Bestellung eines Aufsehers, verpfändet werden, vgl. L. R. I, 20 § 115.

2) Ueber römisches Recht l. 34 D. de pign. 20, 1, Dernburg Pfandrecht Bd. 1 § 59.

3) L. R. I, 20 §§ 71. 100.

4) L. R. I, 20 § 157. Vgl. l. 3 C. in quibus causis pignus 8, 15, l. 1 C. de partu 8, 25.

5) Ueber die **Versicherungsansprüche** siehe unten § 359 Anm. 3.

6) Die Kautionen der Staats- und Reichsbeamten werden in Reichs- oder Staatsobligationen — Reichsgesetz vom 2. Juni 1869, Preuß. Gesetz vom 25. März 1873 — gestellt. Sie ergreifen auch die Zinsen, soweit der Zinsschein vom Kautionsgläubiger besessen wird. Es werden jedoch die Zinsscheine dem Kautionssteller für einen vier Jahre nicht übersteigenden Zeitraum belassen, beziehungsweise nach Ablauf dieses Zeitraums, oder nach Ausreichung neuer Zinsscheine verabfolgt.

7) Eine Beschränkung dieses Grundsatzes trifft L. R. I, 20 § 174 ff.

4. Häufig kommt vor, daß der Schuldner einem Gläubiger Geld oder andere vertretbare Sachen, oder auch Inhaberpapiere unter der Bestimmung aushändigt, daß ihm nach der Schuldtilgung Sachen gleicher Art zurückzuerstatten sind. Im Zweifel wird man ein solches Geschäft namentlich dann als beabsichtigt ansehen, wenn Geld unverschlossen übergeben wird.

Im Leben bezeichnet man solche Geschäfte als Kautionen, z. B. als Pacht- oder Dienstkautionen. Im Grunde bilden sie aber eine Abart des Pfandrechts, denn sie theilen die wesentliche Eigenschaft des Pfandrechtes, daß dem Gläubiger Vermögenswerthe zu dem Zwecke übermacht wurden, um sich daraus für eine Forderung zu befriedigen.[8] Deshalb ist die Klage des Verpfänders auf Rückgewähr als actio in personam pigneraticia aufzufassen; sie ist aber nicht auf Rückerstattung einer bestimmten Sache, sondern auf Leistung einer Summe gerichtet, daher steht dem Besteller solcher Kautionen kein Aussonderungsrecht im Konkurse des Pfandgläubigers zu.[9]

§ 357. Rechtsverhältnisse. 1. Recht des Gläubigers auf den Pfandbesitz.

1. Das Mobiliarpfand giebt dem Gläubiger in der Regel das Recht auf den unvollständigen Besitz der Pfandsache und mit diesem die Besitzesklagen. Im Falle bloß symbolischer Verpfändung steht dem Gläubiger bald wahrer Besitz, also auch die Besitzklage zu, bald fehlt demselben, wie gewöhnlich bei Schiffen, jedes wirkliche Besitzverhältniß.[1]

Ein Zurückbehaltungsrecht der Pfandsache wegen bloß handschriftlicher nicht versicherter Ansprüche gegen den Verpfänder, wie solches das römische Recht kannte,[2] hat der Pfandgläubiger zwar nicht.[3] Zwischen Kaufleuten kann aber bei Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht eingreifen.[4]

---

8) Pfaff: Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung 1868, nimmt an, der Empfänger der Kaution erhalte ein Pfandrecht an der gegen ihn selbst bestehenden Forderung auf Rückgabe dieser Kautionssumme. Die Zuzählung des Geldes sei zugleich Begründung und Verpfändung dieser Forderung. Vgl. hiergegen Exner Pfandrechtsbegriff S. 180 ff. Siehe noch Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 429 ff., Gruchot Beiträge Bd. 10 S. 463 ff.

9) Vgl. unten Bd. 2 § 117 Anm. 7.

1) L. R. I, 20 § 117, vgl. oben § 149. Ueber römisches Recht vgl. l. 16 D. de usurp. 41, 3. Bei „symbolischer" Verpfändung eines Schiffes behält — oben § 354 bei Ziff. 3 Bubst. b, vgl. aber auch Anm. 14 daselbst — der Verpfänder den Besitz und Gebrauch. Er darf das Schiff selbst außerhalb des Bereiches der preußischen Pfandgesetzgebung führen. Im Fall einer Gefährdung des Gläubigers muß § 50 des E. E. Ges. entsprechende Anwendung finden, Eccius Bd. 3 § 194 Anm. 21 ff.

2) l. un. C. etiam ob chirogr. pec. pignus tenere 8, 26.

3) Vgl. L. R. I, 20 § 171 ff. und unten § 359 Anm. 13.

4) H. G. B. Art. 313. vgl. unten § 363 Anm. 16.

2. Nach dem älteren gemeinen und preußischen Konkursrechte war in Folge der Attraktivkraft des Konkurses der Pfandgläubiger gehalten, seine Forderung rechtzeitig im Konkurse des Pfandschuldners anzumelden; er galt ferner als verpflichtet, die Pfandsache an die Masse abzuliefern und aus ihr nach Maßgabe seines Vorrechtes seine Befriedigung mit der Gesammtheit der Gläubiger zu erwarten.[5] Nach jetzigem Konkursrechte dagegen werden Pfandrechte an Vermögensgegenständen des Gemeinschuldners vom Konkursverfahren nicht berührt. Der Konkursverwalter ist aber berechtigt, die Verwerthung des Pfandstückes nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben; dem Pfandgläubiger bleibt dann nur das Vorrecht auf den Erlös. Hat der Gläubiger das Recht, die Pfandsache ohne gerichtliches Verfahren zu verkaufen, so ist ihm durch das Konkursgericht für dessen Ausübung eine Frist zu setzen, nach deren Ablauf das Verwerthungsrecht dem Konkursverwalter zufällt.[6]

3. Der Mobiliarpfandgläubiger darf Pfandstücke weder selbst benutzen, noch Anderen — etwa gegen Miethgeld — zur Nutzung überlassen.[7] Wurde ihm aber eine dem regelmäßigen Fruchtertrag dienende Sache zum Faustpfand gegeben, so ist er zur Gewinnung der Nutzungen und Früchte so berechtigt, wie verpflichtet.[8] Der Gläubiger hat deren Ertrag zur Bestreitung der auf der Sache ruhenden Lasten,[9] seiner Zinsansprüche,[10] endlich zur Tilgung des Kapitals zu verwenden. Ist er vollständig befriedigt, so liegt ihm Anzeige an den Verpfänder und Herausgabe des etwa gewonnenen Ueberschusses ob.[11] Rechnung hat er erst zu legen,[12] wenn der Schuldner

---

5) A. G. O. I, 50 § 377.

6) R. K. O. § 40 § 117.

7) Wer das Eine oder das Andere thut, hat für den Gebrauch Entschädigung zu leisten und für das geringste Versehen zu haften, L. R. I, 20 §§ 123. 124. Auch kann der Verpfänder in solchen Fällen nach richterlichem Ermessen entweder Kaution oder Deposition fordern, L. R. I, 20 § 126. Nach römischem Rechte stand der Gläubiger wegen seines furtum usus für Zufall ein, § 6 J. de obl. quae ex delicto 4, 1. Vgl. auch L. R. I, 14 § 85. Oeffentliche Strafe droht § 290 des Strafgesetzbuches den öffentlichen Pfandleihern, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugterweise gebrauchen.

8) L. R. I, 20 § 139. Vgl. l. 1. l. 2. l. 3 C. de pign. a. 4, 24. l. 11 C. de usuris 4, 32, Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 70 ff.

9) L. R. I, 20 § 153.

10) Die sogen. antichresis tacita, welche l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2 anerkennt, findet sich nach preußischem Rechte nicht.

11) Nach L. R. I, 20 § 147, 148 sollte der Pfandgläubiger, falls er die Anzeige an den Verpfänder unterläßt, die höchsten Zinsen von dem Betrag der ferner erhobenen Nutzungen ersetzen. Heutzutage wird es, da es „höchste Zinsen“ nicht mehr giebt — unten Bd. 2 § 36 bei Ziff. 3 Abs. 2 —, bei den gesetzlichen bewenden müssen.

12) L. R. I, 20 § 144 ff.

auf Grund behaupteter Tilgung der Schuld die Rückgabe des Pfandes verlangt. Jährliche Rechnung jedoch soll bei Grundstücken, bei Gerechtigkeiten und bei einem Inbegriff nutzbarer Sachen gelegt werden. Ein antichretischer Vertrag ist bei beweglichen Sachen wie bei Grundstücken zulässig.[13]

4. Der Pfandgläubiger haftet für mäßige Verschuldung, insbesondere für Verwahrung der anvertrauten Pfandsache.[14] Ohne ausdrückliche Einwilligung des Verpfänders ist dem Pfandgläubiger deren Verpfändung — Afterverpfändung nicht gestattet.[15] Sie wälzt auf ihn die Gefahr des Zufalles, sofern er nicht nachweist, daß der Schaden die Sache auch bei ihm betroffen hätte.

5. Der Mobiliarpfandgläubiger hat, wenn er unfreiwillig aus dem Besitz des Pfandes kam, eine dingliche Pfandklage zur Wiedererlangung des Besitzes; die Gegenrechte dritter gutgläubiger Besitzer sind dieselben wie gegenüber der Eigenthumsklage.[16] Nach Reichsrecht verliert aber der Pfandgläubiger gemäß dem deutschrechtlichen Satze „mit der Hand stirbt das Pfand" sein Absonderungsrecht gegenüber der Konkursmasse und sein Widerspruchsrecht gegen ein Pfändungspfandrecht, sobald das Pfand aus seiner Gewahrsam getreten ist, auch wenn dies unfreiwillig geschah.[17] Gelingt es dem Pfandgläubiger aber, wenn auch nach der Konkurseröffnung, das Pfand zurückzuerlangen, so tritt sein Absonderungsrecht wieder in Kraft.[18]

13) Vgl. hierüber oben § 339 bei Ziff. 2c.

14) Ob der Pfandgläubiger, welchem Inhaberpapiere verpfändet sind, die Ausloosung zu überwachen hat, ist Frage des einzelnen Falles. Als Regel wird dies nicht anzunehmen sein, da dem Verpfänder die Möglichkeit der Ueberwachung in dieser Richtung bleibt. Wenn der Gläubiger aber Banquier ist, wird die Entscheidung anders auszufallen haben.

15) L. R. I, 20 § 127 ff. vgl. unten § 361 Anm. 18. Es gilt dies auch für den Fall einer Cession der Forderung. Der Gläubiger kann aus dem Cessionsvertrag verpflichtet sein, dem Cessionar die Faustpfänder zu überlassen, vgl. unten Bd. 2 § 85 Anm. 17, aus dem Pfandvertrag aber verbunden sein, sie für den Verpfänder zu bewahren. Der Konflikt kann gelöst werden durch Einwilligung des Verpfänders zur Aushändigung der Pfänder an den Cessionar. Ist diese Einwilligung nicht zu erlangen, so muß der Cedent die Pfänder verwahren, aber für den Cessionar; dieser erlangt dann nur ein persönliches Recht gegen den Cedenten. Auch die Annahme der Zahlung der versicherten Forderung Seitens eines Dritten kann zu ähnlichen Konflikten führen, vgl. hierüber R. G. Bd. 7 S. 194.

16) L. R. I, 20 § 118 ff. vgl oben § 188. Die dingliche Klage auf Grund symbolischer Verpfändung hat je nach Verschiedenheit der Fälle Aehnlichkeit mit der Klage des Faustpfandgläubigers oder mit der hypothekarischen Klage.

17) Einführungsgesetz zur R. K. O. § 14 Abs. 1, R. C. P. O. § 710. Vgl. oben § 354 bei Ziff. 2.

18) Vgl. Völderndorf zur R. K. O. § 40. Die schroffe Fassung des Einführungsgesetzes zur R. K. O. § 14 „erlangt und behalten hat" giebt Veranlassung zu mehrfachen Zweifeln. Unter Anderem kann sich die Frage erheben, in welchem Verhältniß Pfandgläubiger und Konkursmasse stehen, wenn der Gläubiger die Gewahrsam des Pfandstückes unfreiwillig verloren hat, und dasselbe in den Besitz eines Unberechtigten kam. Der Gläubiger hat die a. pigneraticia in rem, die Konkursmasse die Vindikation. Wem ist auszuhändigen? Man wird nach allgemeinen Erwägungen trotz des Wortlautes des Gesetzes dem Pfandgläubiger den Vorzug geben müssen.

§ 358. 2. Das Verkaufsrecht.

1. Dem Mobiliarpfandrecht ist das Verkaufsrecht wesentlich.[1]

Ein Vertrag über den Nichtverkauf der Pfandsache durch den Gläubiger ist so zu deuten, daß dieser seine Befriedigung bloß aus deren Früchten und Nutzungen suchen darf. Kann dies nicht die Meinung gewesen sein, so hat der Nebenvertrag die Wirkung, daß der Gläubiger den Verkauf erst betreiben darf, wenn der Verpfänder in Konkurs geräth.[2]

2. Erforderniß des Pfandverkaufes ist Fälligkeit der versicherten Forderung und deren Nichttilgung.[3]

3. Für die Vollziehung des Pfandrechts bestehen zwei Systeme. Das eine bildet der Privatverkauf in römischer Weise.[4] Hierbei wird Liquidität der Forderung und richterliche Ermächtigung zur Vornahme des Verkaufs nicht erforderlich. Der Gläubiger verkauft vielmehr, sei es im Wege der Versteigerung, sei es aus freier Hand, auf eigene Verantwortung. Die Veräußerung ist aber nur rechtsbeständig, wenn dem Veräußerer eine fällige Forderung und ein Pfandrecht zustand; andern Falles beeinträchtigt sie das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers nicht, welchem daher seine Vindikation bleibt. Nach dem anderen System, welches in Deutschland überwiegt, vollzieht sich der Pfandverkauf in den Formen gerichtlicher Zwangsvollstreckung. Diese ist nur möglich nach vorgängigem Erwirken eines rechtskräftigen Erkenntnisses oder eines gleichstehenden Titels, mittels deren die Vollstreckbarkeit der Forderung in das Pfand begründet wird. Neben beiden Systemen kommen zahlreiche Zwischenbildungen vor.

Das jetzige Recht gestaltet sich folgendermaßen:

a) Regelrechte Form des Pfandverkaufes ist die gerichtliche. Sie fordert einen in das Pfand vollstreckbaren Schuldtitel und vollzieht sich durch öffentliche Versteigerung Seitens des Gerichtsvollziehers[5] gegen baare Zahlung, bei Werthpapieren auch nicht öffentlich zum Tageskurse.

---

1) Bei den oben § 356 Ziff. 4 behandelten Geldkautionen tritt an die Stelle des Verkaufs des Pfandes Aufrechnung der Geldkaution auf die versicherte Forderung.

2) L. R. I, 20 §§ 26. 27.

3) Es genügt, daß eine einzige Forderungsrate fällig ist. Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 119 und den besonderen Fall der l. 8 § 3 D. de p. a. 13, 7.

4) Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 § 99 ff.; oben § 312.

5) Vgl. L. R. I, 20 §§ 28. 197 ff. Nach L. R. I, 20 § 199 bestimmt die Prozeßordnung, wie bei der gerichtlichen Veräußerung des Pfandes durch Auktion oder Subhastation zu verfahren sei. Hierbei ist jetzt nicht mehr A. G. O. I, 24 § 78 ff. maßgebend, vielmehr R. C. P. O. § 716 ff. anzuwenden, so daß aber deren Bestimmungen, welche dem Pfändungspfandrecht eigenthümlich sind, nicht zur Anwendung kommen. Gläubiger und Schuldner sind zum Mitbieten berechtigt, L. R. I, 20 § 42. Es ist nur soviel zu versteigern, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, L. R. I, 20 § 201; der

Der Käufer ist gegen Entwährung durch die öffentliche Versteigerung[6] — bei Werthpapieren durch seine Redlichkeit — gesichert. War ein Dritter Eigenthümer der veräußerten Sache, so kann er Herausgabe des Erlöses von dem zu Unrecht aus seiner Sache befriedigten Gläubiger fordern eventuell vom unredlichen Verpfänder Entschädigung verlangen. Wegen der Beschaffenheit der Pfandsache haftet der betreibende Gläubiger dem Pfandkäufer wie ein Verkäufer in Pausch und Bogen, steht also nur ein für das Vorhandensein von beim Verkauf angegebenen Gegenständen.

Die Zahlung des Pfandkäufers an den Gerichtsvollzieher gilt als an den betreibenden Gläubiger selbst geschehen. Der Gerichtsvollzieher hat dem Verpfänder den Ueberschuß zurückzugewähren, falls ein solcher nach Berichtigung der Forderung des Gläubigers und der Kosten bleibt. Deshalb hat er nicht bloß dem Gläubiger, sondern auch dem Verpfänder Rechnung zu legen.

b) Eines vollstreckbaren Schuldtitels bedarf es nach Handelsrecht nicht, wenn die Bestellung eines Mobiliarpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften schriftlich erfolgte, vorausgesetzt daß der Schuldner in Verzug ist. Der Gläubiger hat Bewilligung und Anordnung des Verkaufes bei dem für ihn zuständigen Amtsgericht nachzusuchen, welche auf einseitigen Antrag nach Vorlegung der Pfandurkunde geschieht. Rechtswirksam ist ferner die schriftliche Vereinbarung des Privatverkaufs unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften. Der Verkauf muß dann aber öffentlich geschehen. Gegenstände, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen selbst nichtöffentlich durch einen Börsenmakler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preis verkauft werden. Von der gerichtlichen Bewilligung des Verkaufes, ferner von der Vollziehung desselben ist in allen diesen Fällen der Schuldner sofort zu benachrichtigen; Unterlassung der Anzeige macht den Gläubiger schadenersatzpflichtig.[7]

c) Gewisse öffentliche Aemter und Anstalten haben das Vorrecht, ihre Pfänder ohne weiteres durch ihre Beamten zu veräußern, und zwar in der Regel öffentlich, bei markt- oder börsengängigen Gegenständen aber zum laufenden Preise auch nichtöffentlich. So Reich und Staat hinsichtlich der

---

im Verkaufstermin anwesende Verpfänder bestimmt, in welcher Ordnung mit dem Verkauf zu verfahren ist L. R. I, 20 § 204. — Ist ein Mobiliarpfand an subhastirbaren Schiffen begründet, so bedarf es der Form der Subhastation zur Pfandveräußerung.

6) Vgl. oben § 188 unter 1.

7) H. G. B. Art. 310. 311. Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 270, Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 S. 929 ff. Die Folgen bezüglich Entwährung und Gewährleistung sind die gleichen, wie die unter a entwickelten.

Amtskautionen,[8] Reichsbank und Seehandlung bezüglich der ihnen hinterlegten beweglichen Pfänder, s. g. Lombardpfänder,[9] endlich auch öffentliche Leihanstalten bezüglich der bei ihnen versetzten Sachen.[10]

d) Private können das Recht zum Privatverkauf durch Vertrag mit dem Eigenthümer des Pfandes erwerben. Zur Giltigkeit solchen Vertrags ist auch Zustimmung des etwa verschiedenen persönlichen Schuldners gefordert. Das Gesetz verlangt ferner, falls der Vertrag vor Verfallzeit der Forderung geschlossen wurde, eine vorgängige unter Zuziehung des Schulders aufzunehmende Taxe, unter welcher nicht verkauft werden darf;[11] bei markt- oder börsengängigen Gegenständen tritt an Stelle der Taxe der laufende Markt- oder Börsenpreis.[12]

Der Pfandgläubiger hat den etwaigen Ueberschuß, welchen er im Wege des Privatverkaufs erzielte, sofort herauszugeben, widrigenfalls er von selbst in Verzug geräth.[13] Er haftet dem Käufer persönlich wegen Entwährung und Mängel gleich jedem anderen Verkäufer.[14]

§ 359. Beendigung des Mobiliarpfandrechtes.[1]

1. Das Mobiliarpfandrecht erlischt durch Untergang der Pfandsache, so daß aber das Pfandrecht an deren Resten übrig bleibt, sofern sie einen Werth haben.[2]

Surrogate der Pfandsache, z. B. Versicherungsgelder wegen Viehsterbens oder wegen Hagelschlages verpfändeter Früchte, sind dagegen in der Regel nicht verpfändet.[3]

2. Verzicht hebt das Pfandrecht nach allgemeinen Grundsätzen auf. In der Einwilligung des Gläubigers zum Verkauf der Pfandsache durch den Verpfänder ist aber nicht ohne weiteres, wie in Rom geschah, ein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht zu sehen.[4]

---

8) Reichsgesetz vom 2. Juni 1869 § 11. Preuß. Gesetz vom 25. März 1873 § 11.

9) Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 § 20. Kab. Ordre vom 31. Januar 1827, betr. die Befugniß der Seehandlung.

10) Pfandleihgesetz vom 17. März 1881, vgl. unten § 360 a. E. Bezüglich privater Lehranstalten unten § 360 bei Anm. 8.

11) L. R. I, 20 § 29 ff. vgl. oben § 339 Anm. 6 und 7.

12) Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 249.

13) L. R. I, 20 §§ 219. 220. Weniger weit geht l. 6 § 1 D. de pign. a. 13, 7.

14) L. R. I, 20 § 217. Anders nach römischem Recht Tit. Cod. creditorem evictionem pignoris non debere 8, 46.

1) L. R. I, 20 § 55 ff., § 243 ff.

2) Vgl. L. R. I, 16 § 2 und 3, L. R. I, 20 §§ 259. 261. Bei zufälligem gänzlichem Verlust des Pfandes kann der Gläubiger Zahlung oder anderweite Sicherung vom Schuldner fordern, L. R. I, 20 § 260. Vgl. aber auch oben § 187 Anm. 2 und 3.

3) Entsch. d. O. Trib. Bd. 13 S. 243, L. R. I, 20 § 309 und 310.

4) Vgl. L. R. I, 20 § 496 ff., § 155. Die Römer nahmen an, daß die Einwilligung des Pfandgläubigers zum Verkauf durch den Schuldner an sich überflüssig sei

3. Das Pfandrecht erlischt dadurch, daß der Gläubiger den Besitz der Pfandsache freiwillig aufgiebt.[5] Dies ist nicht auf eine Entsagung zurückzuführen,[6] sondern Folge der rechtlichen Gestaltung, welche das Mobiliarpfandrecht im neueren Rechte angenommen hat. Behält sich also der Gläubiger sein Pfandrecht bei der Herausgabe der Sache an den Schuldner vor, so hat er dennoch nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr derselben.[7]

Symbolische Pfandrechte erlöschen, wenn die sie sichernden Maßregeln unzureichend werden und die Pfandsache in die Hand eines redlichen Besitzers kommt.

4. Das Mobiliarpfandrecht erlischt in Folge seiner accessorischen Natur mit völliger Tilgung der versicherten Forderung.[8] Es kann sich erhalten, wenn eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt.[9]

5. Die Sache wird von der Pfandbelastung befreit durch Pfandverkauf. Nach römischem Recht konnte kein nachstehender Gläubiger und ebensowenig der Schuldner dem ersten Pfandgläubiger das Pfand feil machen. Nach preußischem Recht hingegen hat der Verpfänder das Recht, wenn die versicherte Forderung fällig ist, den gerichtlichen Verkauf der ihm gehörigen Pfandsache auch gegen den Willen des Gläubigers zu beantragen und so dessen Pfandrecht zum Erlöschen zu bringen.[10]

6. Vereinigung des Eigenthumes und Pfandrechtes hebt das Pfandrecht auf. Bisher nachstehende Pfandgläubiger rücken dann vor.

7. Leugnet der Pfandgläubiger den Besitz der Pfandsache gegenüber der Klage des Pfandschuldners oder des vindicirenden Eigenthümers arglistigerweise, so wird er seines Pfandrechtes verlustig.[11]

---

und nur durch die Unterstellung des Verzichtes einen zureichenden Sinn gewähre l. 4 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. Förster Bd. 3 § 195 Anm. 9 scheint dies auch für das preußische Recht als zutreffend anzusehen. Anders Eccius, indem er zusetzt „nach gemeinem Rechte"; vgl. auch den Zusatz von Eccius in § 195 Anm. 12.

5) L. R. I, 20 § 253.

6) Wie Eccius Bd. 3 § 195 Anm. 12 annimmt.

7) Ueber K. O. § 40, Einführungsgesetz zur K. O. § 14, vgl. oben § 357 Anm. 18. R. C. P. O. § 709 Abs. 2.

8) L. R. I, 20 § 55 ff.

9) Vgl. unten Bd. 2 § 3 bei Anm. 7. Die Verjährung der versicherten Forderung schadet dem Rechte des Gläubigers an dem in seinem Besitze befindlichen Pfande nichts; insoweit gilt vielmehr die persönliche Schuld als fortbestehend. Nur dies besagt L. R. I, 20 § 246 ff. Eccius Bd. 3 § 194 Anm. 100 ist anderer Ansicht. Gemäß derselben giebt er dem Pfandschuldner, welcher „aus dem Pfande" zahlt, gewisse Ansprüche. Wann man aber „aus dem Pfande" zahlt, ist unklar.

10) L. R. I, 20 § 221. Versagt der Gläubiger die Einwilligung, so hat der Verpfänder dessen Verpflichtung hierzu im Wege der Klage zur Geltung zu bringen. Anders im Fall der R. K. O. §§ 116 und 117, oben § 357 bei Ziff. 2. Ueber die Rechte eines späteren Gläubigers vgl. R. C. P. O. §§ 709 und 710.

11) L. G. I, 20 § 256.

8. Geschah die Verpfändung auf bestimmte Zeit, so kann sich der Schuldner der versicherten Forderung hierauf nicht berufen. Dritten, welche das dem Pfandgläubiger unfreiwillig entkommene Pfand innehaben, kommt der Endtermin zu Gute, falls der Gläubiger nicht spätestens am dritten Tag nach Ablauf der Zeit aus dem Pfandrechte geklagt und das Verfahren ununterbrochen fortgesetzt hat.[12]

Die Pfandsache ist nach Beendigung des Pfandrechts in der Regel dem Verpfänder zurückzustellen. Die Grundsätze des Hinterlegungsvertrags sind entsprechend zu wenden.[13]

§ 360. Die gewerbsmäßige Pfandleihe.

1. Nach dem Gesetze vom 17. März 1881 unterliegt die gewerbsmäßige Pfandleihe besonderen Rechtsregeln, so daß die Vorschriften des gemeinen bürgerlichen Rechtes nur aushülfsweise eingreifen.[1] Das Gesetz behandelt als Pfandleihgewerbe auch den gewerbsmäßigen Kauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes,[2] indem es die Zahlung des Kaufpreises als Hingabe eines Darlehns, den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem verabredeten Rückkaufpreise als Vergütung für das Darlehn, und die Uebergabe der Sache als Verpfändung für das Darlehn betrachtet.[3]

2. Der Höchstbetrag der Zinsen ist beim Pfandleihegeschäft gesetzlich auf 12 bis 24 % festgesetzt.[4]

Der Pfandleiher erwirbt an den ihm übergebenen Pfandstücken ein Pfandrecht nur, wenn er das Geschäft in ein über alle derartigen Geschäfte nach der Zeitfolge zu führendes Pfandbuch einträgt, und wenn diese Eintragung den im Gesetz näher bezeichneten Inhalt hat.[5] Unterbleibt die gehörige Eintragung, so kann der Pfandleiher unter Umständen ein Rückhaltungsrecht an den zum

---

12) L. R. I, 20 § 56 und L. R. I, 14 § 320 ff.

13) Vgl. L. R. I, 20 § 187 ff. Das römische Retentionsrecht wegen anderer bloß persönlicher Forderungen des Gläubigers besteht nicht, L. R. I, 20 § 171 ff. Die Arrestanlage ihretwegen geschieht jetzt nach R. C. P. O. §§ 810 und 712.

1) Aeltere Gesetze waren das Pfand- und Leihreglement vom 13. März 1787, die Deklaration desselben vom 4. April 1803, die Kabinetsordre vom 28. Juni 1826. Sie sind durch Gesetz vom 17. März 1881 § 23 aufgehoben.

2) Reichsgewerbeordnung §§ 34 und 38 in der Fassung vom 1. Juli 1883. Aehnliches bestimmte L. R. I, 11 § 321. — Vgl. oben § 354 Anm. 5.

3) Die Pfandleiher, zu denen auch die Rückkaufshändler gehören, bedürfen nach §§ 34. 38 R. G. O. der polizeilichen Erlaubniß zum Geschäftsbetrieb. Die Centralbehörden sind berechtigt, vorzuschreiben, in welcher Weise sie ihre Bücher zu führen, und welcher polizeilichen Aufsicht über Umfang und Art des Geschäftsbetriebes sie sich zu unterwerfen haben.

4) Pfandleihegesetz § 1 ff., darüber unten Bd. 2 § 36 bei Ziff. 3; vgl. Bd. 2 § 292 a. E.

5) Pfandleihegesetz § 5. Außerdem sind die regelmäßigen Erfordernisse der Bestellung eines Pfandrechts, insbesondere also Uebergabe des Pfandes, bei Verpfändung von Forderungen, Schriftlichkeit, zu beobachten, R. G. bei Gruchot Bd. 28, S. 1044.

Pfand gegebenen Sachen, nicht aber Verkaufsrecht beanspruchen.[6] Der Pfandleiher ist dem Verpfänder zur Aushändigung eines von ihm unterschriebenen Pfandscheines verpflichtet, welcher eine wörtliche Abschrift der auf das Geschäft bezüglichen Eintragung im Pfandbuche zu enthalten hat. Weicht der Inhalt des Pfandscheines von demjenigen des Pfandbuches ab, so gilt die dem Pfandleiher nachtheiligere Feststellung.[7]

3. Die Fälligkeit der vom Pfandleiher gegebenen Darlehen tritt frühestens mit Ablauf von 6 Monaten seit dessen Hingabe ein; der Verpfänder ist aber berechtigt, das Pfand jederzeit bis zum Abschlusse des Verkaufes einzulösen; Zinsen sind nur bis zur Einlösung zu berechnen. Dies Alles ist zwingenden Rechtes.[8]

Nach 4 Wochen von eingetretener Fälligkeit darf das Pfand durch einen Gerichtsvollzieher oder einen gemäß der Bestimmung der Reichsgewerbeordnung angestellten Auktionator öffentlich versteigert werden, ohne daß es der Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels oder der gerichtlichen Ermächtigung zum Verkauf bedarf. Ort und Zeit des Verkaufs muß mindestens 2 Wochen und höchstens 4 Wochen vor dem Tage der Versteigerung in einem von der Ortspolizeibehörde zu bestimmenden Blatte bekannt gemacht werden.[9] Dies ermöglicht, inzwischen gegen ungerechtfertigte Veräußerungen vorläufige gerichtliche Maßnahmen zu erwirken. Der Pfandleiher kann selbst bieten und kaufen. Aus dem Pfanderlös sind die Kosten des Verkaufes, die Zinsen und die Hauptsumme zu decken. Etwaige Verwendungen auf die Pfandstücke kommen also nicht in Rechnung. Der erlöste Ueberschuß, wie auch durch die Versteigerung frei gewordene Mitpfänder muß der Pfandleiher unverzüglich herausgeben. Sind sie binnen 2 Wochen nicht abgehoben, so sind sie bei der Ortsarmenkasse zu hinterlegen und verfallen zu deren Gunsten, wenn sie innerhalb eines Jahres nach der Versteigerung nicht abgefordert werden.[10]

4. Das Recht bildet seine Regeln vornehmlich für den großen Verkehr; diese Regeln passen aber häufig nicht für die kleineren Verhältnisse, welche im Leben der breiten Masse des Volkes von Wichtigkeit sind.

---

6) Vgl. L. R. I, 20 § 539, das Zurückhaltungsrecht nach L. R. I, 20 § 540 setzt voraus, daß die Forderung an den Entlehner bereits fällig sei, vgl. aber unten § 362 im Text nach Anm. 6. — Uebrigens werden unerhebliche Unrichtigkeiten der Eintragung die Verpfändung nicht nichtig machen.

7) Pfandleihgesetz § 6 Abs. 2. Es ist dies gesetzliche Fiktion. Sollte übrigens der Pfandschein von den Beredungen und der Wirklichkeit irrthümlicherweise abweichen, und der Verpfänder dies beim Empfang gewußt haben, so könnte ihm eine exceptio doli entgegentreten.

8) Pfandleihgesetz §§ 4. 7. 8.

9) Pfandleihgesetz § 12, § 9 ff. 10) Pfandleihgesetz § 15.

So erklären sich die nachfolgenden Bestimmungen des Pfandleihgesetzes für die Rückgabe der beim Pfandleiher versetzten Pfänder, insbesondere diejenigen bezüglich des Pfandscheins.

Der Inhaber des Pfandscheins ist als solcher zur Rückforderung des Pfandes, auf welchen der Schein lautet, berechtigt.[11] Dies zu bestimmen war nothwendig, um die Rückforderung zu erleichtern.

Dennoch hat das Gesetz mit gutem Bedacht den Pfandschein nicht zum Inhaberpapiere gemacht. Denn nicht selten ist der Inhaber des Pfandscheins nur der Vermittler, welcher für den verschämten Armen dessen Habe versetzte, ohne ein eigenes Recht an dem Schein zu haben. Oft kommt es auch vor, daß der Entlehner den Pfandschein verliert; denn häufig fehlt ihm ein festes Heim und sicherer Verschluß, feuersichere Geldschränke und Bankhäuser stehen ihm nicht zur Verfügung. Soll der Verpfänder, welcher den Pfandschein nicht hat, gleichwohl wie bei Inhaberpapieren, erst dessen Amortisation betreiben, ehe er das Pfandstück zurückerlangt? Dann würde dessen Werth häufig in den Kosten aufgehen, die Rückerlangung also leicht unmöglich.

Daher verstattet das Pfandleihegesetz dem Verpfänder, auch wenn er den Pfandschein nicht hat, das noch nicht ausgelöste Pfand herauszufordern, jedoch erst nach 3 Monaten von Fälligkeit des Darlehens an.[12]

Bei dieser Bestimmung ist daran gedacht, daß der Pfandschein nicht mehr zum Vorschein kommt, vernichtet oder verloren ist.

Es kann aber in Folge derselben geschehen, daß zwei Prätendenten auftreten, welche das Pfand verlangen, nämlich der Inhaber des Pfandscheins und der Verpfänder.

Letzterer muß, wenn ihm der Pfandschein gestohlen ist oder er sonst Ursache zu haben glaubt, daß der Inhaber des Pfandscheins ohne Recht das Pfand vom Pfandleiher fordere, ein gerichtliches Verbot an diesen erwirken, daß er das Pfand nicht aushändigen darf, ehe über das, was Rechtens, entschieden ist. Die Frage, wer das Pfand zu fordern hat, ist dann durch Feststellungsklage zwischen den Prätendenten auszutragen.[13] Ergiebt sich dabei, daß der Pfandscheininhaber nicht der Verpfänder ist, so hat derselbe den Erwerb des Rechtes durch gehörige — in der Regel also schriftliche — Cession darzuthun.[14] [15]

---

11) Pfandleihegesetz § 17.

12) Pfandleihegesetz § 7, § 8 Abs. 2. Ist das Darlehen verlängert, so läuft die Frist selbstverständlich vom Ablauf der Verlängerung an.

13) Eccius bei Förster Bd. 3 § 196 a. E. meint dagegen: Es bleibt nichts übrig, als dem Pfandleiher zu gestatten, sich unter den Berechtigten den „auszusuchen“, von dem er das Pfand einlösen lassen will, und er muß hierdurch gegen den Anderen auch dann frei werden, wenn dieser ihm schon vorher Kunde von seinem Anspruch gegeben hat!

14) L. R. I, 11 § 394. In den gemeinrechtlichen Landestheilen genügt natürlich formlose Cession.

5. Die ausgeführten Grundsätze gelten auch für die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes von Gemeinden oder von weiteren kommunalen Verbänden errichteten öffentlichen Pfandleihanstalten, wie auch für die älteren Anstalten dieser Art, für welche der Minister des Innern dieselben in Kraft setzt. Die Kommunen sind jedoch berechtigt, die Versteigerung der Pfänder ihrer Pfandleihanstalten durch einen ihrer vereidigten Beamten vornehmen zu lassen.[16]

§ 361. Verpfändung von Forderungen.[1]

1. Das römische Recht kannte zwar ein Pfandrecht an Forderungen, doch nicht in der Weise eines dinglichen Rechtes, da solches Recht in Rom nur an körperlichen Sachen als möglich galt, sondern der Art, daß dem Pfandgläubiger die Geltendmachung der verpfändeten Forderung zur Befriedigung der versicherten Forderung ähnlich wie einem Cessionar verstattet wurde. Das Landrecht hat aber der Verpfändung von Forderungen eine der Verpfändung körperlicher Sachen analoge rechtliche Gestalt gegeben,[2] da es quasidingliche Rechte an Rechten anerkennt.[3]

2. Immerhin muß die Besitzübertragung, welche grundsätzlich zur Pfandbestellung gefordert ist, durch symbolische Akte geschehen, da Forderungen nicht in den Naturalbesitz des Gläubigers gebracht werden können. Die vertragsmäßige Verpfändung von Forderungen fordert demgemäß stets Schriftlichkeit[4] und außerdem, wenn über die Forderung eine Schuldurkunde besteht, deren Ueberlieferung an den Gläubiger. Bei Theilverpfändungen kann dieselbe ersetzt werden durch Uebergabe einer Zweigurkunde unter gleichzeitigem Vermerk der Verpfändung auf dem Originalinstrument.

3. Nach einer Bestimmung des Landrechts sollte der Pfandgläubiger nach Ueberlieferung der Schuldurkunde gegen jede Verhandlung zwischen dem Schuldner und seinem Gläubiger, insbesondere gegen Zahlungen an denselben, gedeckt sein, auch wenn die Verpfändung dem Schuldner nicht an=

---

15) Dieser Pfandschein, meint Eccius Bd. 3 S. 196 unter III, ist kein glückliches Erzeugniß parlamentarischer Gesetzgebungskunst des Herrenhauses. Um dies Urtheil zu begründen, hätte meines Erachtens Eccius darthun müssen, daß praktische Nachtheile aus der Konstruktion erwachsen seien und daß sie den Lebensverhältnissen nicht entspreche. Das hat aber Eccius nicht gethan.

16) Pfandleihgesetz § 21 ff.

1) Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 461 ff. Die Auffassung des Verhältnisses ist sehr bestritten. Auch über preußisches Recht handelt Marcus Verpfändung der Forderungen 1876 und Hellwig die Verpfändung der Forderungen 1883.

2) L. R. I, 20 § 281 ff. Verwandte Zwecke in anderer Rechtsform verfolgt die s. g. cessio in securitatem, vgl. R. G. Bd. 24 S. 161.

3) Vgl. über den Nießbrauch an Forderungen oben § 285.

4) L. R. I, 20 §§ 271. 273. 281 und Marginale hierzu, Verordnung vom 9. December 1809 § 1. Striethorst Archiv Bd. 47 S. 141. Vgl. R. G. Bd. 22 S. 325.

gezeigt oder bekannt gemacht war.[5] Und doch hatte in solchem Falle der Schuldner keinen Grund und kein Recht, seinem Gläubiger die Zahlung zu weigern,[6] so daß ihm die Gefahr doppelter Beitreibung der Schuld drohte. Daher beseitigte die Verordnung vom 9. December 1809 die landrechtliche Bestimmung und forderte auch bei Verpfändung von Forderungen Anzeige an den Schuldner, um den Pfandnehmer gegen Verhandlungen des Schuldners mit seinem Gläubiger zu sichern.

4. Verpfändung von Hypotheken und Grundschulden richtet sich nach denselben Grundsätzen wie die von persönlichen Forderungen. Es bedarf also schriftlicher Verpfändungsbewilligung und der Uebergabe des Grundschuldbriefes oder des Hypothekenbriefes, wenn ein solcher gebildet ist.[7] Aber eine Anzeige an den Pfandschuldner ist nur erforderlich, sofern sich der Pfandnehmer des Briefes die Ansprüche auf die mitverpfändeten Hypotheken- oder Grundschuldzinsen wahren will.[8] Seine Ansprüche auf das Kapital sind durch den Besitz des Briefes gesichert. Inhaberpapiere können als körperliche Sachen durch körperliche Uebergabe verpfändet werden, so daß hiermit auch die an sie geknüpfte Forderung verpfändet ist; schriftlicher Verpfändungsvertrag ist also nicht nothwendig; für s. g. unvollkommene Inhaberpapiere, z. B. Sparkassenbücher, gilt dies aber nicht.[9]

5. Mit der Verpfändung der Forderung erhält der Pfandnehmer Rechte an derselben, welche er gegen deren Schuldner geltend machen kann.

Zunächst jedoch ist er nur befugt, sein Recht auf Befriedigung aus der verpfändeten Forderung zu sichern. Dies geschieht durch Anzeige an den Drittschuldner, in deren Folge Verhandlungen desselben mit dem Verpfänder dem Pfandgläubiger unschädlich werden, ferner durch sonstige schützende Maßregeln, welche ein Gläubiger betreiben kann, z. B. unter Umständen Arrestlegung, endlich durch Klage auf Hinterlegung der Schuldsumme, wenn die verpfändete Forderung fällig ist.

---

5) L. R. I, 20 § 282 ff.

6) Es genügt, daß der Gläubiger einen Mortifikationsschein ausstellt. L. R. I, 16 §§ 125. 126.

7) Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung ersetzt die Bewilligung des Schuldners, R. C. P. O. § 709 ff., Preuß. Ausführungsgesetz zur C. P. O. vom 24. März 1879 § 16 und Kam. Ger. Bd. 9 S. 95.

8) Eig. Erw. Gesetz §§ 38. 39; oben § 332 a. E. — Eintragung der Verpfändung im Grundbuch ist nicht nothwendig, E. E. Ges. § 54, vgl. hierzu oben § 325 Ziff. 1 d.

9) Das Einführungsgesetz zur R. K. O. §§ 15. 16 macht an die Verpfändung der Forderungen gewisse Minimalansprüche, die nach preußischem Recht erfüllt sind.

Befriedigung[10] aus der verpfändeten Forderung kann der Pfandgläubiger erst erlangen, wenn seine Forderung an den Verpfänder vollstreckbar ist. Er kann zu diesem Zweck fordern[11 12]:

a) daß ihn das Vollstreckungsgericht ermächtige, die verpfändete Geldforderung nach ihrer Fälligkeit vom Drittschuldner an Stelle des Verpfänders einzuziehen und zwar auch im Wege der Klage, um sich aus dem Erlöse zu befriedigen, oder

b) daß ihm das Gericht die verpfändete Geldforderung an Zahlungsstatt übereigne, soweit sich die Beträge der versicherten und der verpfändeten Forderung decken.[13]

c) Sind Forderungen auf bewegliche Sachen, außer Geld, verpfändet, so kann der Pfandgläubiger vom Gericht nur verlangen, daß ihm dieselben zur Einziehung mit der Maßgabe überwiesen werden, daß deren Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher erfolge, welcher sie nach den Vorschriften über Mobiliarpfandrecht zu verwerthen hat.[14]

6. Der Pfandgläubiger ist dem Verpfänder der Forderung wegen mäßiger Verschuldung namentlich dann haftbar, wenn er die zur Einziehung überwiesene Forderung nicht gehörig betreibt.

7. Das Forderungspfandrecht erlischt, wenn der Forderungspfandgläubiger bezahlt oder sonst abgefunden wird.[15]

---

10) Nach römischem Rechte kann der Pfandgläubiger bis zum Belaufe seiner Forderung wie ein Cessionar den Gegenstand der verpfändeten Forderung beitreiben, l. 4 C. quae res pign. 8, 17. Aeußerstenfalls ist er befugt, die verpfändete Forderung jure pignoris zu veräußern. Dernburg a. a. O. S. 469.

11) Vgl. Gercke Pfändungspfandrecht an Ford., Zeitschrift für deutschen C. P. Bd. 28 S. 228.

12) Entsch. des O. Trib. Bd. 8 S. 279, R. G. Bd. 8 S. 278. Gegenüber der herrschenden Ansicht vertheidigt Korte in Ulrichs Archiv Bd. 5 S. 181, Förster Bd. 3 § 192 Anm. 44, auch Marcus a. a. O., die Behauptung, daß der Pfandgläubiger wie nach römischem, so auch nach preußischem Recht die verpfändete Forderung, sobald die Voraussetzungen ihrer Beitreibung gegeben seien, ohne richterliche Ueberweisung einklagen und abtreten dürfe. Vgl. hiergegen die zutreffende Ausführung von v. Niebuhr bei Gruchot Bd. 16 S. 440 ff. Es spricht für die herrschende Ansicht namentlich, daß auch das körperliche Faustpfand der Regel nach erst durch richterliche Vermittelung veräußert wird, und das Forderungspfandrecht im Allgemeinen nach denselben Grundsätzen zu behandeln ist; dazu kommt noch die Bestimmung von L. R. I, 20 § 296. Auch Eccius Bd. 3 § 192 Anm. 46 ff. erklärt sich gegen Förster.

13) R. C. P. O. § 736 ff. Zwangsweise Versteigerung von Forderungen des Schuldners behufs Befriedigung seiner Gläubiger ist Ausnahme. Sie ist in der Regel nur im Konkurse zulässig, vgl. R. K. O. § 121 Ziff. 2.

14) R. C. P. O. § 745 ff. Die Bestimmungen von L. R. I, 20 § 290 ff. sind in Folge der Aenderung der Prozeßordnung veraltet, Eccius Bd. 3 § 192 Anm. 51 ff. Der Gläubiger hat also kein Anrecht, persönlich in den Pfandbesitz des Gegenstandes der verpfändeten Forderung zu kommen.

15) Ueber den Fall einer Konfusion der Person des Pfandgläubigers und des Schuldners vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 474 ff.

8. Eine Unterart der Verpfändung einer Forderung ist die Unter- oder Afterverpfändung.[16] Nicht die Sache wird hier verpfändet; denn hierzu ist nur der Eigenthümer derselben legitimirt, vielmehr verpfändet der Pfandgläubiger seinem Gläubiger seine Rechte,[17] also sein Forderungsrecht gegen seinen Schuldner nebst dem dasselbe sichernden Pfandrecht.[18] Die Afterverpfändung soll nur mit Zustimmung des ersten Verpfänders geschehen.[19] Unter den Vertragschließenden aber ist sie auch ohne solche Zustimmung gültig.

II. Das Zurückbehaltungsrecht und die sich anlehnenden Pfandrechte. Die Pfändung.

§ 362. Das Zurückbehaltungsrecht.[1]

1. Das Zurückbehaltungsrecht oder Retentionsrecht ist dem Faustpfande darin ähnlich, daß es auf dem Besitze beruht und wie dieses zum Zurückbehalten eines Vermögensbestandtheils des Schuldners berechtigt. Auch eine allgemeine Gemeinsamkeit des Zweckes, nämlich Sicherung eines Anspruches, ist vorhanden. Daneben bestehen aber wesentliche Verschiedenheiten. Das Faustpfandrecht giebt die Möglichkeit, durch Verkauf unmittelbar Befriedigung zu betreiben, das Zurückbehaltungsrecht erzwingt nur mittelbar Befriedigung, indem es durch die Zurückhaltung einen Druck auf die Entschlüsse des Gegners auszuüben sucht. Mit anderen Worten: das Pfandrecht giebt ein Recht zum thätigen Vorgehen, das Zurückbehaltungsrecht erhält nur einen bestehenden Zustand, weshalb es sich auch der Eintheilung von dinglichen und persönlichen Rechten nicht unterordnet.[2] Weiter unterscheiden sich Faustpfandrecht und Zurückbehaltungsrecht dadurch, daß nur das erstere schlechthin ein Vorrecht gegenüber anderen Gläubigern gewährt.

---

16) Vgl. oben § 357 Anm. 15.

17) Dies ist auch nach römischem Rechte anzunehmen, Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 476. l. 13 § 2 D. de pign. 20, 1. Die Frage ist jedoch bestritten.

18) Wenn der erste Verpfänder unzweideutig darin willigt, daß das Pfand dem Afterpfandgläubiger auf eine höhere Summe verpfändet werde, oder daß sonstige ihm nachtheilige Abänderungen der Schuldforderung getroffen werden, so hat diese Einwilligung die Bedeutung einer vom ersten Verpfänder ausgehenden Verpfändung an den Afterpfandgläubiger. Vgl. L. R. I, 20 § 130.

19) L. R. I, 20 § 127. Vgl. oben § 357 bei Anm. 15.

1) Das L. R. regelt das „Zurückhaltungsrecht" I, 20 § 536 ff. im Anschluß an das Pfandrecht. Von gemeinrechtlichen Schriftstellern vgl. Großkopff Retentionsrecht 1858, Zaun im hess. Arch. f. pr. R. W. Bd. 4 S. 369 ff. Dernburg Kompensation 2. Aufl. Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 S. 962 ff. Das preußische Recht behandelt Hälschner in Kamptz Jahrb. Bd. 20 S. 177 ff., vgl. auch Ziebarth Realexekution S. 310.

2) Anders Eccius Bd. 1 § 119 a. E. — Siehe Dernburg, Pand. Bd. 1 § 137 Anm. 16.

2. Ein Zurückbehaltungsrecht liegt an sich dann vor, wenn Jemand befugt ist, eine an sich schuldige Leistung so lange zu unterlassen, bis ihm eine Gegenleistung geschieht, ohne Unterschied, ob der Zurückhaltende eine specielle Sache oder eine Summe schuldet, ob er Innehabung, Besitz, Eigenthum hat.[3] Das Landrecht faßt jedoch den Begriff enger und bestimmt das Zurückbehaltungsrecht als die Befugniß des Inhabers einer fremden Sache, selbige bis zur Befriedigung wegen einer Gegenforderung in Gewahrsam zu halten.[4] Wir haben hiernach ein Retentionsrecht im weiteren und im engeren, dem gesetzlichen, Sinne zu unterscheiden.

3. Das Zurückbehaltungsrecht setzt voraus konnexe Gegenansprüche, d. h. die Ansprüche müssen nach der Auffassung des Lebens und des Rechtes wirthschaftlich der Art zusammengehören, daß ihre gleichzeitige Abwickelung gerecht erscheint. Es ist dies z. B. der Fall bei gegenseitigen Ansprüchen aus demselben Rechtsgeschäft, ferner bei Verwendungen auf eine Sache, deren Herausgabe gefordert wird.[5] Die Gegenforderungen müssen fällig sein,[6] mindestens muß der Zurückhaltende bereits Anspruch auf Kautionsleistung haben. Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller verlangten auch Liquidität des Gegenanspruches.[7] Nach preußischem Recht genügt es, daß derselbe in soweit beglaubigt ist, als zur Anlegung eines Arrestes erforderlich wäre.[8]

4. Nur der redliche Besitzer hat ein Zurückbehaltungsrecht, da dem Unredlichen seine Arglist keine Rechtswohlthaten verschaffen soll.[9] Insbesondere hat daher nach preußischem Rechte der bösgläubige Besitzer, welcher Verwendungen auf die fremde Sache machte, wohl ein Recht auf Ersatz in gewissem Umfange, nicht aber, wie nach römischem Rechte, ein Zurückbehaltungsrecht jener Sache.

5. Das Zurückbehaltungsrecht ist an den thatsächlichen Zustand gebunden, giebt also kein Klagrecht zu dessen Wiederherstellung.[10] Nimmt jedoch die

---

3) Goldschmidt a. a. O. S. 969; vgl. unten Bd. 2 § 66 bei Anm. 5.

4) L. R. I, 20 § 536.

5) L. R. I, 20 §§ 539. 543. Vgl. auch § 542 das. und oben § 314 Anm. 20.

6) L. R. I, 20 § 540.

7) So z. B. Luden Retentionsrecht S. 175 ff.

8) L. R. I, 20 § 541. R. C. P. O. § 800 Abs. 2. Verlangt wird nur, daß die Forderung so glaubhaft gemacht werde, wie bei einer Arrestanlegung. Andere Voraussetzungen des Arrestschlages sind nicht erfordert; vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 1131. Siehe auch R. G. in Strafs. Bd. 13 S. 401. Sicherheitsstellung kann die Glaubhaftmachung hier nicht ersetzen, da A. G. O. I, 29 § 31 ff. solches Surrogat der Liquidstellung nicht kennt.

9) L. R. I, 20 § 538, I, 3 § 35. Vgl. R. G. Bd. 9 S. 295.

10) L. R. I, 20 § 559. Es ist denkbar, daß man sich die früher zurückgehaltene Sache, deren Gewahrsam man verlor, aus anderen Rechtsgründen, z. B. in Folge eines

Obrigkeit die zurückgehaltene Sache in Verwahrung, so erhält sich die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes, so lange die Verwahrung der Sache oder ihres Erlöses dauert. Im Falle der obrigkeitlichen Abforderung der Sache behufs Uebergabe an einen Dritten kann sich der bisherige Inhaber seine Rechte durch eine innerhalb acht Tagen, nach der Ablieferung, bei der Obrigkeit eingelegte Protestation sichern.[11]

6. Ungetheilte Haftung des zurückgehaltenen Gegenstandes für die Gegenleistung wie beim Pfandrecht ist nicht Regel; vielmehr darf, wenn die zurückgehaltene Sache theilbar ist, nur so viel zurückgehalten werden, als zur Deckung des Gegenanspruches erfordert ist.[12]

7. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes geschieht im Wege der Einrede. Dieselbe bewirkt, daß die Verurtheilung des Zurückhaltenden zu der von ihm geschuldeten Leistung an die Bedingung gleichzeitiger oder vorgängiger Gegenleistung des Klägers geknüpft wird.[13] Das Zurückbehaltungsrecht steht der Regel nach nur gegen den Schuldner und diejenigen zu, welche an dessen Statt auftreten, nicht gegen Dritte. Es kann namentlich im Konkurse des Schuldners nicht geltend gemacht werden,[14] sofern dem Zurückbehaltungsrechte nicht durch die Konkursordnung ein Absonderungsrecht beigelegt ist, womit es dem Faustpfand gleichgestellt wird.[15]

8. Das Landrecht legt dem Zurückhaltenden die Pflichten eines Pfandinhabers bezüglich der Verwahrung, der Verwaltung und des Nichtgebrauchs der Sache auf, so daß er z. B. über die Nutzungen einer fruchtbringenden Sache Rechnung zu legen hat.[16]

§ 363. Steigerung von Zurückbehaltungsrechten zu Pfandrechten.[1]

Das neuere Recht hat mehrere wichtige Zurückbehaltungsrechte zu Pfandrechten gesteigert.[2]

Kontraktes oder mit possessorischen Rechtsmitteln, zurückverschaffen kann. Das Retentionsrecht als solches giebt aber keine Klage.

11) L. R. I, 20 § 562 ff.

12) L. R. I, 20 § 552, § 554, R. G. in Straff. Bd. 13 S. 400.

13) Die Vorschützung der Retentionseinrede führt richtiger Ansicht nach, wenn sie begründet ist, nicht zur Abweisung des Klägers zur Zeit, wie dies Manche, z. B. Luden a. a. O. S. 186, annahmen. Vgl. Zaun a. a. O. S. 410 ff. Dernburg Kompensation S. 371, Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 S. 982 Anm. 1. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 1088.

14) Schon L. R. I, 20 § 566 sprach dies grundsätzlich aus. Ueber gemeines Recht vgl. Vangerow Bd. 1 § 382, Goldschmidt a. a. O. S. 993.

15) R. K. O. §§ 40, 41.

16) L. R. I, 20 § 558. — Oben § 357 bei Ziff. 3 und 4.

1) Laband das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9 S. 425 ff., Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 S. 1021 ff.

2) Vgl. R. K. O. § 41. Ausf. Ges. vom 6. März 1879 § 7. R. C. P. O. § 709 Abs. 2, Pr. K. O. §§ 33. 376.

Die Grundlage dieser Pfandrechte bildet die thatsächliche Zurückhaltung, findet sich dieselbe nicht mehr, so müssen sie erlöschen.

Zurückhaltungsrechte dieser Art sind folgende:

1. Wer Ansprüche wegen Verwendungen zum Nutzen einer zurückbehaltenen beweglichen Sache hat, erlangt im Falle des Konkurses des Verpflichteten wie auch gegenüber Zwangsvollstreckungen einzelner Gläubiger, bis auf den Betrag der noch vorhandenen Vortheile die Rechte eines Faustpfandgläubigers.[3] Derartige Rechte haben Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen an den noch in ihrer Gewahrsam befindlichen, von ihnen gefertigten oder ausgebesserten Sachen.[4]

2. Das deutsche Handelsgesetzbuch hat die Zurückhaltungsrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers, oder Verfrachters am Kommissions-, Speditions- und Frachtgute zu Pfandrechten erhoben.[5]

Die Entstehung dieser Pfandrechte ist dadurch bedingt, daß der Berechtigte die Gewahrsam des Pfandgegenstandes erhielt. Vom Zurückhaltungsrechte her klebt ihnen die Eigenschaft an, daß sie dem Zurückhaltenden auch zustehen, wenn derselbe das Gut Seitens eines Nichteigenthümers erhielt, vorausgesetzt, daß dasselbe nicht gestohlen oder verloren war, und daß sich der Empfänger in redlichem Glauben befand.[6] Unter den gleichen Voraussetzungen können Pfandrechte oder sonstige dingliche Rechte nicht gegen den Kommissionär, Spediteur oder Frachtführer geltend gemacht werden. Bei dem Allen kommt richtiger Ansicht nach nichts darauf an, ob der Auftraggebende ein Kaufmann war oder nicht.[7] Gesichert sind durch diese Pfandrechte alle Forderungen aus demjenigen Geschäft, durch welches das Gut in die Gewahrsam des Pfandberechtigten gekommen ist.[8]

Wenn auch das handelsrechtliche Pfandrecht, weil bloß Steigerung eines Zurückhaltungsrechtes mit jedem Verluste der Gewahrsam durch den Zurück-

---

3) R. K. O. § 41 unter 7, vgl. Pr. K. O § 33 Ziff. 10.

4) R. K. O. § 41 unter 6. R. K. O. § 41 unter 3 gedenkt auch der Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventares wegen der Forderungen für dieses.

5) H. G. B. Art. 374. 382. 409. 624 und 675. Nach L. R. I, 13 § 83 hatte der Kommissionär nur Zurückbehaltungsrechte, dagegen schon § 33 Ziffer 6 und 8 der K. O. vom 8. Mai 1855. Vgl. noch unten Bd. 2 § 186 a. E. § 188 unter 3 und § 204 bei Anm. 21, sowie § 202.

6) H. G. B. Art. 306 Abs. 3, 4, 1. Vgl. R. G. Bd. 1 S. 255, bezüglich der Redlichkeit oben § 188 Anm. 14 Ziff. 5. 6. 9. — Ueber die Rechtsstellung des redlichen Besitzers eines gewöhnlichen Faustpfands siehe oben § 356 bei Ziff. 1.

7) So Goldschmidt a. a. O. S. 1023, anderer Ansicht Laband a. a. O. S. 452. 466.

8) Vgl. die oben Anm. 5 angeführten Stellen.

haltenden oder dessen Vertreter erlischt,[9] so findet sich doch eine Ausnahme zu Gunsten des Frachtführers. Derselbe kann das Pfandrecht noch innerhalb 3 Tagen nach der Auslieferung gerichtlich geltend machen, falls sich das Gut bei dieser Geltendmachung noch in der Gewahrsam des Empfängers oder seines Vertreters befindet.[10]

Dies Pfandrecht erhält sich im Falle des Konkurses des Kommittenten oder Abladers in ungeschwächter Kraft.[11] Seine Verwirklichung hat in der Regel durch gerichtlichen Verkauf zu geschehen.[12] Erforderlich ist Verzug des Schuldners, einer Klage bedarf es gegen denselben nicht; vielmehr geschieht, wie bei schriftlicher Bestellung eines Vertragspfandrechts unter Kaufleuten, der gerichtliche Verkauf auf einseitigen Antrag des Gläubigers unter Vorlegung von Bescheinigungsmitteln und auf dessen Gefahr. Hat ein Kommissionär, Spediteur, Frachtführer einen Vormann, welcher ein gesetzliches Pfandrecht nach Handelsrecht hatte, befriedigt, so geht dessen Forderung und Pfandrecht auf ihn über.[13] Ist der Vormann noch nicht befriedigt, so hat der Nachmann, welcher die Gewahrsam erhielt, der Regel nach die Pflicht, das handelsrechtliche Pfandrecht seines Vormannes in dessen Namen neben dem seinen zu wahren.[14] In diesem Falle ist eine Kollision mehrerer gesetzlicher Pfandrechte möglich. Den Vorzug haben dann diejenigen Forderungen, welche durch Versendung oder Transport entstanden sind, und zwar die jüngeren vor den älteren. Erst dann folgen andere Forderungen des Kommissionärs und Spediteurs, und zwar die älteren vor den jüngeren.[15]

3. Pfandrechtliche Natur hat auch das s. g. kaufmännische Retentionsrecht. Wenn nämlich Waaren oder Werthpapiere mit Willen des Schuldners in die Gewahrsam des Gläubigers auf Grund eines Handelsgeschäftes gelangt sind, so sind sie für Forderungen aus zweiseitigen Handelsgeschäften verpfändet, sofern beide Theile Kaufleute

---

9) Komissionäre und Spediteure namentlich haben dies Pfandrecht so lange, als sie mittels der Konnossemente, Ladescheine oder Lagerscheine noch in der Lage sind, über die Waare zu verfügen. H. G. B. Art. 374. 382. 387. Vgl. unten Bd. 2 § 188 Anm. 19.

10) H. G. B. Art. 409. Im Seeverkehr kann dies Pfandrecht noch 30 Tage nach Beendigung der Ablieferung geltend gemacht werden, H. G. B. Art. 624. Vgl. auch unten § 364[a] bei Anm. 20.

11) H. G. B. Art. 375, 382, 409.

12) H. G. B. Art. 375 und 387, vgl. auch Art. 407 und 626 des H. G. B. Vgl. aber unten Bd. 2 § 186 bei Anm. 30. Den Zeitpunkt des Verkaufes zu bestimmen, ist der Pfandgläubiger nach allgemeinen Grundsätzen befugt. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das Pfand gegen Hinterlegung des angeblichen Geldbetrages herauszugeben, wenn er sich diesen erst erstreiten soll. R. G. Bd. 1 S. 304.

13) Art. 382 des H. G. B.

14) Namentlich gilt dies für den Fall, daß das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer geht, Art. 410 des H. G. B.

15) Art. 421 des H. G. B.

sind. Erforderlich ist, daß die Forderung fällig oder daß Konkurs, Zahlungseinstellung oder -unfähigkeit oder Unsicherheit des Schuldners festgestellt ist. Das Pfandrecht kann vor oder bei Uebergabe der Waaren oder der Werthpapiere Seitens des Schuldners ausgeschlossen werden. Es geschieht dies namentlich auch durch eine Zweckbestimmung, mit welcher die Zurückhaltung nicht vereinbar ist.[16]

4. Von den besprochenen handelsrechtlichen Pfandrechten sind die seerechtlichen Pfandrechte verschieden. Sie beruhen nicht auf dem Zurückbehaltungsrechte und können daher auch im Falle des Verlustes der Gewahrsam gegen Dritte, welche beim Erwerbe ihr Bestehen kannten, geltend gemacht werden.[17]

§ 364. Pfandrecht des Vermiethers und des Verpächters.[1]

1. Die Konkursordnung gewährt dem Verpächter im Konkurse des Pächters wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie anderer Forderungen aus dem Pachtverhältniß, z. B. wegen Verschlechterungen oder fehlender Inventarienstücke, ein „faustpfandgleiches" Recht in Ansehung der — getrennten und ungetrennten — Früchte des Grundstückes, wie auch in Ansehung der vom Pächter eingebrachten Sachen, sofern sich die Früchte oder Sachen noch auf dem Grundstück befinden. Nicht weniger gewährt sie dem Vermiether ein derartiges Recht wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethsverhältniß in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern sie sich noch auf dem Grundstück befinden.[2] Auch künftige, noch nicht fällige Pacht- und

16) Vgl. H. G. B. Art. 313—315, R. K. O. § 94, Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 S. 1028. Vgl. R. G. Bd. 9 S. 295, ferner S. 44, Bd. 26 S. 58, Bd. 15 S. 59, Bd. 29 S. 302.

17) Vgl. H. G. B. Art. 727. 733 Abs. 3, Art. 753. 757 ff. Anders jedoch Art. 675.

1) R. K. O. § 41 Ziff. 2 und 4, L. R. I, 21 § 395. Lenz über das Pfandrecht des Vermiethers, in dessen Studien 1847 S. 115 ff. Gärtner in Gans Beiträgen S. 485 ff. Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 1 S. 217 ff.

2) R. K. O. § 41 Ziff. 2 und 4. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 997. Wegen Weiterwohnens nach der Vertragszeit besteht das Pfandrecht nicht, vgl. R. G. Bd. 16 S. 184. — Gehören zu den Forderungen des Vermiethers auch Ansprüche gegen den Miether wegen Feuerung oder Verpflegung? Man wird dies zu bejahen haben, soweit es sich nur um Nebenleistungen, z. B. Frühstückskaffee handelt, nicht aber wenn der Miethe nicht gewöhnlich zugehörende, selbständige Leistungen vereinbart sind, z. B. volle Verköstigung. Ob die Nebenleistungen besonders berechnet oder im Miethzins inbegriffen waren, kann nicht entscheiden. Vgl. jedoch R. G. in Strafsachen Bd. 20 S. 417. — Gastwirthe haben das Pfandrecht wegen ihrer Forderung für Wohnung und Bewirthung des Gastes in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückgehaltenen Sachen R. K. O. § 41 Ziff. 5, vgl.

Miethzinsraten sichert dies Recht. Dies Alles gilt auch bezüglich des Verhältnisses zu Gläubigern außerhalb des Konkurses.[3]

2. Das Recht des Verpächters und Vermiethers bildet nach Landrecht außerdem ein wahres „Pfandrecht".[4] Dasselbe entsteht nicht, wie Manche annahmen, erst mit der Beschlagnahme, sondern mit dem Entstehen der Früchte des Pachtgutes, sowie dem Einbringen der Sachen des Miethers.[5] Der Vermiether — wir nehmen im Folgenden den Ausdruck auch für den Verpächter — hat das Zurückbehaltungsrecht und kann sich durch Verschließen — Perklusion — sichern.[6] Er hat aber auch eine Pfandklage. Dieselbe greift unbedingt durch, solange die Pfandgegenstände sich noch auf dem Miethgrundstück befinden;[7] durch deren Fortschaffung erlischt also in der Regel Recht und Klage des Vermiethers. Nicht beeinträchtigt wird sein Recht durch Wegnahme Seitens eines Gerichtsvollziehers für einen anderen Gläubiger.[8] Es erhält sich auch bei gewaltsamer oder heimlicher ungerechtfertigter

---

Pr. Konf. O. § 33 Ziff. 5, L. R. II, 8 § 455, Carpzov def. for. p. II, cap. 25, def. 22, n. 7. An den eingebrachten Sachen des Aftermiethers und an den Früchten, die dem Afterpächter zufallen, steht dem ersten Vermiether nicht, wie nach römischem Recht l. 11 § 5 D. de pign. a. 13, 7 ein Pfandrecht zu, Entsch. des O. Trib. Bd. 1 S. 160 ff., dagegen freilich Koch zur Deklaration vom 21. Juli 1846 Anm. 12.

3) Ausführungsgesetz zur R. K. O. vom 6. März 1879 § 7.

4) Das römische Recht gewährte dem Vermiether an den Illaten des Miethers und dem Verpächter an den Früchten des Pachtgutes ein gesetzliches Pfandrecht, welches nach der allgemeinen Weise des römischen Pfandrechtes schlechthin und abstrakt gegen jeden Besitzer des Pfandstückes geltend gemacht werden konnte, vgl. l. 2 ff. D. in q. c. p. t. c. 20, 2, Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 294. Dagegen hebt das preußische und das Reichsrecht im Grunde nur einzelne Manifestationen des Rechtes hervor, so daß dann aus ihrem Zusammenhang der Umfang des Rechtes zu bestimmen ist. Nur den Konkursfall regelt die derzeitige Hauptquelle R. K. O. § 41 Ziff. 2 und 4; für ihn waren auch die früheren preußischen Quellen bestimmt, L. R. I, 21 § 395 — nach dem Marginal — A. G. O. I, 50 § 382ª, Pr. Konf. O. vom 8. Mai 1855 § 33 Ziff. 4, doch wird das Recht als dingliches gegen den Pächter und Miether vorausgesetzt in L. R. I, 21 § 606, A. G. O. I, 44 § 56.

5) So mit Recht Entsch. des O. Trib. Bd. 6. S. 92. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 460, in Strafsachen Bd. 3 S. 60. Unrichtig ist es jedoch, wenn durch das O. Trib. unterstellt wird, daß das Pfandrecht vor Beendigung des Verhältnisses wegen nicht fälliger Forderungen nicht geltend zu machen sei. — Die Pfandhaftung besteht gegenüber dem Miether und späteren Erwerbern auch wegen mehr als einjähriger Rückstände, R. G. Bd. 20 S. 356, in Straff. Bd. 22 S. 132; die Zeitbeschränkung der R. K. O. § 41 Ziff. 4 hat nur Bezug auf das Verhältniß zu Gläubigern des Vermiethers oder Verpächters, vgl. oben Anm. 3. Auffallend bleibt es freilich, daß der Vermiether wegen der überjährigen Miethzinsraten gegen den Miether mit Perklusion vorgehen kann, gegen dessen Konkursmasse aber und selbst gegen Pfändungsgläubiger kein Vorrecht ihretwegen hat.

6) A. G. O. I. 44 § 56 ff. L. R. I, 21 § 606. So auch R. G. Bd. 18 S. 429. — Ueber das Recht der Besitznahme siehe unten Ziff. 4.

7) Der Käufer unterliegt dem Pfandrecht, auch wenn ihm die verpfändeten Gegenstände übergeben wurden, bis sie fortgeschafft sind, unbedingt.

8) Vgl. R. C. P. O. § 709. Mit Recht nehmen Rehbein und Reincke a. a. O. an, daß hiernach das Vorrecht des Vermiethers durch Fortschaffung der gepfändeten

Verbringung der Pfandgegenstände, falls sie sich noch in der Gewahrsam des Miethers oder seines Vertreters, oder in der Gewahrsam eines Dritten befinden, welcher beim Erwerb die ungerechtfertigte Wegschaffung kannte.[9] So lange deren Beschlagnahme nicht geschah, ist das Wegbringen der Pfandgegenstände zulässig, wenn sie Folge des regelmäßigen Betriebes der Geschäfte des Miethers bildete, oder wenn es sich nur um einen Austausch gleichwerthiger Stücke handelt, oder um verhältnißmäßig Unbedeutendes, die Sicherheit des Vermiethers nicht wesentlich Berührendes.

3. Dies Pfandrecht begreift alle eingebrachten Sachen — auch zum Verkauf bestimmte, in ein gemiethetes Verkaufslokal eingebrachte Waaren[10] — ferner Geld und Werthpapiere, — nicht aber schlichte Schuldurkunden. Auch solche Gegenstände gelten als verpfändet, welche der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung entzogen sind.[11] Dagegen erstreckt sich das Pfandrecht nach den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb dinglicher Rechte, nicht auf dem Miether nicht gehörende, ihm geliehene, oder bei ihm hinterlegte,[12] von ihm eingebrachte Sachen. Dem Miether und Pächter fremde Sachen gelten aber als mitverpfändet, wenn er sie zu verpfänden das Recht hatte. Dies bezieht sich namentlich auf von ihm eingebrachte Sachen seiner Ehefrau und Haus-

---

Gegenstände Seitens des Gerichtsvollziehers auch der Konkursmasse gegenüber nicht verloren geht.

9) L. R. I, 21 § 395 und R. K. O. § 41 Ziff. 2 und 4 fordern zwar für dies Pfandrecht, daß sich die Früchte oder Sachen noch auf dem Grundstück befinden. Allein diese Beschränkung ist nur für den Fall des Widerstreits mit anderen Gläubigern, also den Konkursgläubigern und Pfändungsgläubigern getroffen. Sie hat keine Bedeutung im Verhältniß zu dem Verpfänder oder zu Dritten, die für den Verpfänder oder als Eigenthümer besitzen, R. O. H. G. Bd. 6 S. 290. Vgl. jedoch R. G. Bd. 8 S. 99. Die arglistige Fortschaffung ist strafbar nach dem Strafgesetzbuch § 289, ein vorgängiges Verbot des Vermiethers ist nicht erfordert. R. G. für Strafsachen Bd. 1 S. 429, Bd. 3 S. 58, Bd. 4 S. 30, S. 43, Bd. 14 S. 325.

10) Gegen die entgegengesetzte Ansicht von Förster Bd. 2 § 136, vgl. R. O. H. G. Bd. 6 S. 282 ff. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 187 ff., Eccius Bd. 2 bei Anm. 243 a. a. O.

11) Eck in den Festgaben für Gneist 1888 hat nachgewiesen, daß Sachen, die nach R. C. P. O. § 715 der Zwangsvollstreckung entzogen sind, nach dem Sinne dieses Gesetzes auch dem Miethpfandrechte nicht unterliegen. Das R. G. Bd. 18 S. 425, in Strafsachen Bd. 3 S. 61 hat aber die entgegengesetzte Ansicht angenommen und festgehalten.

12) Völderndorff zur R. K. O. § 41 Ziff. 2 will nur solche Objekte ausnehmen, die, dem Vermiether erkennbar, als fremde eingebracht wurden. Er erachtet z. B. die von einer Wechslerbank in das gemiethete Komtoir eingebrachten Depots nicht als verpfändet, wohl aber den von ihr bloß geborgten eingebrachten Kassenschrank. Die R. K. O. jedoch hat sich in unserer Materie ersichtlich an das preußische Recht angeschlossen und hier wurde die Frage, im Sinne des Textes, erledigt durch die Deklaration vom 21. Juli 1846 in Uebereinstimmung mit dem Plenarbeschluß des O. Trib. vom 12. März 1838, Entsch. Bd. 4 S. 1 ff. Es ist nicht anzunehmen, daß die R. K. O. ihre Bestimmungen in anderem Sinne traf. — Veräußerung nach dem Einbringen, ohne Fortschaffen hebt das Pfandrecht nicht auf R. G. in Straff. Bd. 3 S. 323.

kinder, da zu solcher Verpfändung der Ehemann und der Vater durch sein Verwaltungsrecht befugt ist.[13]

4. Das Zurückhaltungsrecht steigert sich zum Recht eigenmächtiger Besitznahme, wenn Versuche zur Wegbringung gemacht werden,[14] oder wenn der rückständige Zins nach Beendigung der Miethe nicht bezahlt ist. Selbsthülfe ist zum Zweck der Besitznahme also erlaubt.

Der Miether kann fordern, daß bei Endigung der Miethe ein gerichtliches Interimistikum im Wege einstweiliger Verfügung festgestellt werde, durch welches die Zurückhaltung auf diejenige Anzahl von Sachen beschränkt wird, welche voraussichtlich zur Tilgung der Schuld aus Miethe oder Pacht genügt.[15]

§ 364[a]. Pfändungspfandrecht.

1. Erlaubte eigenmächtige Pfändung verleiht dem Pfändenden die Rechte eines Pfandgläubigers.[1]

2. Bezüglich der Rechte des Gläubigers zufolge Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung hat die Gesetzgebung geschwankt.

Im Anschluß an römisches Recht pflegte man gemeinrechtlich dem Gläubiger ein Pfandrecht an den für ihn zur Vollstreckung eines Urtheiles gepfändeten Gegenständen zuzuschreiben.[2] Dies war auch älteres preußisches Recht.[3] Dagegen gewährte seit der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 die Pfändung weder Pfandrecht noch Vorzugsrecht, so daß alle Gläubiger mit vollstreckbaren Forderungen beitreten und neben dem betreibendem Gläubiger verhältnißmäßige Befriedigung aus dem Erlös des Gepfändeten fordern konnten.[4]

Die R. C. P. O. wiederum giebt dem Gläubiger, welcher eine Mobiliarpfändung betreibt, ein Pfandrecht mit den Vorzügen eines Faust-

---

13) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 81 S. 58, Bd. 95 S. 186 ff. Es bezieht sich dies also nicht auf das zum vorbehaltenen Vermögen der Frau gehörende Mobiliar.

14) In diesem Fall tritt also eine Ausnahme von dem oben § 122 Anm. 4 ausgesprochenen Satze ein.

15) A. G. O. I, 44 § 56 ff. Anhang 302 zu § 60 daselbst. Bis zum Interimistikum ist das Zurückbehaltungsrecht nicht beschränkt, R. G. in Straff. Bd. 18 S. 80, vgl. jedoch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 475. Ueber das Einschreiten der Polizei vgl. oben § 122 Anm. 8.

1) L. R. I, 14 § 439 ff., vgl. oben § 123 im Text hinter Anm. 14.

2) l. 15 § 7 D. de re judic. 42, 1. Die Meinungen sind übrigens bezüglich des römischen pignus ex causa judicati captum getheilt, siehe Stölzel Archiv f. civ. Praxis Bd. 45 S. 272 ff., anders Dernburg Pfandrecht Bd. 1 § 53; vgl. auch Meibom Archiv für c. P. Bd. 52 S. 295.

3) A. G. O. I, 50 § 447.

4) Preußische Konkursordnung § 362 ff. Im Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Exequendus war die anhängige Einzelexekution entweder abzubrechen oder auf Rechnung der gesammten Gläubigerschaft fortzusetzen, Preuß. K. O. § 9.

pfandes. Man erklärte es für unbillig, daß der thätige Gläubiger, welcher möglicherweise den Gegenstand der Vollstreckung erst durch Aufwand von Zeit und Mühe, und im Wege des Prozesses herbeigeschafft hat, die Frucht seiner Bemühung mit dem unthätigen Gläubiger zu theilen genöthigt sei.[5] Dies rechtfertigt indessen eine Einrichtung nicht, welche eine Prämie auf die möglichst rasche Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner setzt und selbst dem humanen Gläubiger Nachsicht fast unmöglich macht.[6]

a) Gegenstand dieses Pfändungspfandrechtes sind die beweglichen Vermögensgegenstände;[7] Schiffe unterliegen ihm nicht, sofern sie subhastirbar sind.[8] Ungetrennte Früchte sind pfändbar, jedoch nicht früher als ein Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife.[9]

Die Pfändung darf nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten erforderlich ist; sie muß unterbleiben, wenn sich ein Ueberschuß über die Kosten des Verfahrens nicht erwarten läßt.

b) Der Gerichtsvollzieher hat, ohne besondere gerichtliche Anweisung, in Folge des Auftrages des Gläubigers die dem Schuldner gehörenden beweglichen körperlichen Sachen, insbesondere Werthpapiere zu pfänden, wenn sie sich in dessen Gewahrsam oder in dem Gewahrsam des betreibenden Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden. Die Anordnung der Zwangsvollstreckung in anderen Vermögensrechten, insbesondere in Forderungen, ist Sache des Vollstreckungsgerichtes.[10]

Die Pfändung wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Gegenstände in Besitz für den Gläubiger nimmt.[11] In der Gewahr-

5) R. C. P. O. § 708 ff. Motive zum Entwurf § 657 ff. Entsprechende Grundsätze gelten im Verwaltungszwangsverfahren, Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 14, Verordnung vom 7. September 1879 betr. das Verwaltungszwangsverfahren. Der Vollziehungsbeamte hat hier die Stellung des Gerichtsvollziehers.

6) Aeltere Rechtszustände, bei welchen der betreibende Gläubiger ein Pfandrecht erhielt, sind um deswillen nicht gleichartig, weil das Gesetz dem Schuldner erhebliche Fristen gewährte. Die römischen Schuldner z. B. hatten nach dem Urtheil ein tempus judicati; die Richter waren befugt, ihnen Termine zu geben, l. 31 D. de re jud. 42, 1; der Verkauf des Gepfändeten geschah frühestens nach zwei Monaten. Die A. G. O. I, 24 § 31 gab dem Schuldner durch die Nothwendigkeit eines der Zwangsvollstreckung vorgehenden Zahlungsbefehles Frist.

7) R. C. P. O. § 708. — Ueber nichtpfändbare Gegenstände vgl. R. C. P. O. § 715.

8) R. C. P. O. § 757 Abs. 2, Preuß. Gesetz vom 4. März 1879 § 1, oben § 343 bei Anm. 8.

9) R. C. P. O. § 714.

10) R. C. P. O. §§ 712. 713. 729.

11) R. C. P. O. § 712 Abs. 1, vgl. Preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 14. Juli 1879 § 68 ff. — nur instruktionell, R. G. in Straff. B. 18 S. 165 —

sam des Schuldners sind gepfändete Sachen nur zu belassen, wenn der Gläubiger einwilligt, oder ein anderes Verfahren erheblichen Schwierigkeiten begegnet. Die Wirksamkeit der Pfändung ist in diesem Falle dadurch bedingt, daß sie mittels Anlegung von Siegeln oder auf andere Weise für Dritte kenntlich gemacht wird, z. B. bei stehenden Früchten mittels Aufrichtung von Pfandtafeln oder Pfandwischen, oder Bestellung eines Hüters.[12] Mit dem Verlust des Besitzes durch den Gerichtsvollzieher oder mit der völligen Verdunkelung der Zeichen der Verpfändung erlischt folglich das Pfandrecht.[13]

c) Aeltere Pfändungspfandrechte haben den Vorzug vor den späteren. Diese werden durch s. g. Anschlußpfändungen erworben d. h. durch protokollarische Zusatzerklärung des Gerichtsvollziehers, welcher die frühere Pfändung vornahm oder, wenn ein anderer Gerichtsvollzieher die jetzige Pfändung bewirkt, durch dessen protokollarische Erklärung und die Zustellung derselben an den früher pfändenden Gerichtsvollzieher.

d) Die Veräußerung der gepfändeten Sachen hat der Gerichtsvollzieher vorzunehmen und zwar frühestens nach Ablauf einer Woche seit der Pfändung.[14] Die Zahlung muß Seitens des Erstehers vor Schluß des Versteigerungstermines oder eines in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Termines Zug um Zug gegen die versteigerte Sache angeboten werden, widrigenfalls diese anderweit zu Lasten des Meistbietenden versteigert wird.[15]

e) Dritte haben ihre angeblichen Ansprüche auf die gepfändeten Gegenstände durch Klage zur Geltung zu bringen; das Gericht kann Einstellung der Zwangsvollstreckung anordnen; sonst beschränkt sich der Anspruch auf deren Erlös.[16] Vertragsfaustpfandgläubiger verlieren mit der Gewahrsam ihr Einspruchsrecht gegenüber späteren Pfändungen.[17] Gewisse andere Pfandgläubiger, welche nicht im Besitz der Pfandsache sind, können zwar der Pfändung nicht widersprechen, behalten aber ein Vorrecht auf den Erlös.[18] Es gehören hierher namentlich Immobiliarpfandgläubiger gegenüber gepfändeten beweg-

---

R. G. in Strafsachen Bd. 6 S. 230. Der Gerichtsvollzieher hat ein Pfandlokal zu halten vorzugsweise für die am Ort gepfändeten Objekte.

12) R. C. P. O. § 712 Abs. 2, angef. Geschäftsanw. für die Gerichtsvollzieher §§ 71. 83.

13) Anders Mandry civilr. Inhalt d. R. Ges. S. 346, R. G. in Straff. Bd. 18 S. 165.

14) R. C. P. O. § 717. Nach der Geschäftsanweisung ist die Frist in der Regel vierzehn Tage, länger als ein Monat nur aus besonderen Gründen.

15) War die Versteigerung, wie dies Regel ist, öffentlich, so geht schlechthin Eigenthum auf den Käufer über, vgl. oben § 188 bei Ziff. 1. Der etwaige bisherige Eigenthümer kann gegen den gepfändeten Schuldner wegen dessen Bereicherung auf deren Höhe klagen.

16) Vgl. R. C. P. O. §§ 690. 688, oben § 188 Anm. 3.

17) R. C. P. O. § 709 Abs. 2, R. K. O. § 40, Einführungsgesetz zur R. K. O. § 14, oben § 354 bei Anm. 4.

18) R. C. P. O. § 710, oben § 364 bei Anm. 8.

lichen Zubehörstücken des Grundstückes,[19] Vermiether und Verpächter hinsichtlich gepfändeter Illaten und Früchte des Pachtgutes, Frachtführer nach der Ablieferung des Frachtgutes innerhalb der Tage, binnen deren sich ihr Pfandrecht auch nachher erhält.[20]

3. Arrest in bewegliche Sachen und ebenso in Forderungen ist durch Pfändung zu vollziehen und begründet gleichfalls ein Pfändungspfandrecht.[21]

---

19) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 206 Abs. 2, oben § 343 Anm. 25.

20) H. G. B. Art. 409 und 624, vgl. oben § 363 bei Ziff. 2.

21) R. C. P. O. § 810, vgl. oben § 146 Anm. 11. Ein solches Pfandrecht ist in der Regel nicht, wie Viele behaupten, „bedingt“. Denn ob die Forderung besteht oder nicht, ist gewöhnlich objektiv sicher, sie ist nur noch nicht liquid, siehe oben § 91 Ziff. 1. Vgl. Gerike Pfändungspfandrecht in Ztschrft. f. C. P. R. Bd. 18 S. 236.

Sechster Abschnitt.

Lehnrecht, Familienfideikommiß, Vorkaufsrecht.

I. Das Lehnrecht.[1]

§ 365. Die Lehnsallodifikation.

1. Die Lehen haben in der preußischen Monarchie ihre ursprüngliche Bedeutung verloren; Rechtssätze, welche vordem mehr untergeordnet waren, sind allein übrig geblieben. Auch in diesem trümmerhaften Zustande hat das Verhältniß noch praktische Wichtigkeit, welche sich freilich stetig vermindert.

2. Das Obereigenthum des Lehnsherrn an dem Lehen, und der Lehnsverband zwischen diesem und dem Vasallen ist nämlich durch die Gesetzgebung aufgehoben. Hierzu hatte den ersten Schritt Friedrich Wilhelm I. gethan. Er erbot sich wegen der Nutzlosigkeit der Lehndienste für die damalige Kriegsverfassung und behufs Verstärkung der Armee zur Aufhebung der landesherrlichen Lehen gegen Entrichtung einer Geldabgabe, und setzte diese Umwandlung nach und nach auch durch.[2] Allgemein aber vollzog die s. g. Lehnsallodifikation, und zwar ohne Entschädigung, im gesammten damaligen Bereiche der Monarchie das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 durch Aufhebung des Obereigenthums des Lehnsherrn. Nur für die

1) Hauptquelle L. R. I, 18 §§ 13—679. Litteratur R. F. Terlinden Grundsätze des preußischen Lehnrechtes 1796. Vgl. insbesondere Düesberg, Uebersicht der Lehnsverhältnisse in der preußischen Monarchie, in Simons und Strampffs Zeitschrift Bd. 1 S. 303 ff. Aus der gemeinrechtlichen Litteratur vgl. Paetz Lehrbuch des Lehnrechts, Göttingen 1825 und die bei Beseler P. R. § 148 Citirten. — Das Lehnrecht kann hier nicht in seinem vollen Zusammenhange, als eine der merkwürdigsten Formen des Rechtes der Vergangenheit, behandelt werden, vielmehr ist nur eine Skizze der noch jetzt praktischen Lehren zu geben, wobei die Darstellung bloß einige Seiten des ursprünglichen Institutes betonen muß.

2) Edikt vom 5. Januar und Resolution vom 24. Februar 1717. C. C. M. I, 2, Abschn. V 59 und 60. Ausgenommen von der Aufhebung wurden diejenigen Lehngüter, welche bereits auf dem äußersten Falle standen, für welche also kein Lehnsanwärter vorhanden war, sowie später die sogenannten illustren oder Thronlehen, — vgl. die folgende Anm. — Resolution vom 23. Februar 1720 § 4. C. C. M. I, 2, V. 66. Vgl. Düesberg a. a. O. Bd. 1 S. 305.

Thronlehen,[3] und für außerhalb des Staates belegene Lehen machte man eine Ausnahme.[4] Damit war die Eigenschaft als Familiengut nicht beseitigt, welche die Lehen, seit ihre Erblichkeit anerkannt war, angenommen hatten; denn die Rechte der Lehnsanwärter blieben bestehen. Nach Maßgabe des Gesetzes vom 5. Juni 1852 gehen aber auch sie ihrer Beseitigung entgegen, und zwar regelmäßig gegen Geldabfindung, soweit nicht Verwandlung des Lehens in ein Familienfideikommiß erfolgt.[5] Errichtung neuer Lehen ist untersagt.[6]

3. Für die Beurtheilung der Lehnsverhältnisse kommen zunächst die provinziellen und lokalen Lehnrechte in Betracht und nur zur Ergänzung das allgemeine Landrecht,[7] dessen Vorschriften im Wesentlichen auf langobardischem Rechte beruhen. Diese bloß subsidiäre Geltung, welche den allgemeinen Grundsätzen des Landrechtes entspricht, ist beim Lehen von besonderer Wichtigkeit, weil die lokalen Ordnungen hier vorzugsweise zahlreich und von den landrechtlichen Vorschriften abweichend sind.[8] Im Herzogthum Sachsen sind auch die auf das Lehnrecht bezüglichen allgemeinen sächsischen Landesgesetze bestehen geblieben, so daß nur im Falle ihrer Dunkelheit oder Unvollständigkeit das Landrecht für die preußischen Staaten zur Anwendung kommt.[9]

4. Mit der Lehnsallodifikation mußte folgerecht die Lehnsgerichtsbarkeit der Lehnshöfe, welche sich schon nach den Bestimmungen des Landrechtes bloß noch auf die nichtstreitigen Lehnsangelegenheiten erstreckte, zusammenfallen.[10] Indessen sind die Appellationsgerichtshöfe an deren Stelle berufen worden; derzeit treten die Oberlandesgerichte ein.[11]

---

3) Thronlehen sind Lehen, mit denen der Vasall nicht durch den landesherrlichen oder einen privaten Lehnhof, sondern von dem Landesherrn selbst vor dem Throne beliehen wurde. Zu denselben zählen unter Anderem die drei schlesischen Fürstenthümer Sagan, Oels, Troppau und Jägerndorf, ferner die Lehen gewisser reichsunmittelbarer Fürsten und Grafen, z. B. Solms-Braunfels.

4) Vgl. § 2 Nro. 1 des angef. Ges. v. 2. März 1850, Gesetz vom 5. Juni 1852, Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 40, 41.

5) Vgl. unten § 373 bei Ziff. 3.

6) Vgl. unten § 367 Anm. 6.

7) Zu beachten ist, daß nach dem Einführungsgesetz zur Reichskonkursordnung § 5 unter 1 die landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen und Familienfideikommiß durch die R. K. O. nicht berührt werden.

8) Vgl. Suarez in der Schlußrevision bei Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 87.

9) Patent vom 15. November 1816 § 4.

10) Ursprünglich sprach der Lehnsherr mit seinen Mannen im Lehnhofe Recht, später trat der Lehngerichtshof ein, L. R. I, 18 § 166 ff. Die Gerichtsbarkeit bezog sich ursprünglich auch auf Lehnstreitigkeiten II feud. 15 § 1. II feud. 22 pr. Anders schon nach L. R. I, 18 § 166.

11) Verordnung vom 2. Januar 1849 § 25 Ziff. 4. Vgl. Gesetz vom 18. April 1855 § 7. Siehe auch Gruchot Bd. 6 S. 83 ff. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 49 Ziff. 1.

5. Lehnspersonen sind nach jetzigem Rechte also — abgesehen von den Thronlehen — nur noch der Lehnsbesitzer und die Lehnsanwärter. Solche sind die lehnsfähigen Nachkommen des zeitigen Besitzers, ferner dessen Agnaten, d. h. die von dem ersten Erwerber des Lehens durch den Mannesstamm abstammenden männliche Personen,[12] endlich etwaige andere Personen, die mit dem ersten Erwerber mitbelehnt waren und deren lehnsfähige Nachkommen.

§ 366. Begriff. Arten des Lehens.

1. Der Begriff des allodificirten Lehens ist nur unter Beachtung der Geschichte bestimmbar. Lehen ist ein Gut, welches dem Lehnsträger vordem nur zu nutzbarem Eigenthum unter der Verpflichtung zur Treue gegen den Obereigenthümer — den Lehnsherrn — und, wenigstens der Regel nach, zu ritterlichen Diensten zustand, und an welchem nach Aufhebung dieses Verbandes die Lehnsanwärter noch gewisse Rechte haben. Den Mittelpunkt der letzteren bildet ein besonderes Nachfolgerecht in das Lehen.

2. Was die Arten der Lehen betrifft, so sind derzeit in Folge der Umwandlung der Lehnsverhältnisse manche ältere Verschiedenheiten unpraktisch, manche haben eine veränderte Bedeutung. Man hat noch zu unterscheiden eigentliche und uneigentliche Lehen.[1] Erstere sind diejenigen, welche alle im gemeinen Lehnrechte bestimmten Eigenschaften der Lehen an sich tragen, letztere solche, für welche Abweichungen von denselben gelten. Für erstere spricht die Vermuthung, wenn die Lehnseigenschaft im Allgemeinen feststeht und keine entgegenstehende Observanz nachweisbar ist.[2] Der Regel nach sind die Lehen Mannlehen, d. h. es sind nur durch den Mannesstamm von dem ersten Erwerber des Lehens abstammende Männer berufen. Weiberlehen sind uneigentliche.[3] Sie sind entweder subsidiäre Weiberlehen, wenn die Frauen den Männern nachstehen, oder vermischte, wenn das Geschlecht für die Nachfolge in das Lehen keinen Unterschied macht.[4]

---

12) Vgl. L. R. I, 18 § 15. Unter dem Ausdruck Agnaten sind die Descendenten des letzten Lehnbesitzers regelmäßig nicht inbegriffen. Vgl. Anschütz über die Erbfolge in die Neuvorpommerschen und Rügenschen Lehngüter, Halle 1864. Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 148.

1) So unterscheiden auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller das feudum regulare (rectum, proprium) und das feudum irregulare (improprium).

2) L. R. I, 18 §§ 63. 68. Nach § 69 soll, wenn die „meisten" von einem Lehnhofe abhängenden Lehen von der gewöhnlichen Beschaffenheit eines Lehens abweichen, die Vermuthung auch bei den übrigen Lehen desselben Hofes für diese Abweichungen sprechen.

3) Im Zweifel sind daher die Lehen Mannlehen, L. R. I, 18 § 15. War jedoch ein Weib die erste Erwerberin des Lehens, so gilt die Vermuthung für ein subsidiäres Weiberlehen L. R. I, 18 § 424. Vgl. II feud. 30 pr. Paetz Lehnrecht § 104 not. m.

4) Die Vermuthung spricht für die subsidiaria gegen die promiscua als die anormaleren. L. R. I, 18 § 422. So auch Paetz Lehnrecht § 112 not. x.

Uneigentliche waren ferner Lehen, von denen keine ritterlichen Dienste zu leisten waren, sogenannte Bürger- und Bauerlehen im Gegensatze zu adligen,[5] eine Unterscheidung, die heutzutage nur von historischer Bedeutung ist. Ferner sind uneigentliche Lehen die Pfandlehen, d. h. Lehen, welche dem Gläubiger vom Schuldner verliehen und gegen Entrichtung der Schuldsumme zurückzuerstatten waren.[6] Solche Lehen sind zwar gleichfalls durch die Allodifikation Eigenthum des Lehnsträgers geworden, allein das Auslösungsrecht des Schuldners wurde hierdurch nicht berührt.[7] Endlich ist ein uneigentliches Lehen das Geldlehen, bei welchem der Lehnsträger nichts Anderes hat als das Nießbrauchsrecht an einem Kapital, dessen Eigenthum nach lehnrechtlichen Grundsätzen auf die Lehnsanwärter vererbt wird.[8] Von besonderer Wichtigkeit war für das ältere Lehnrecht das Afterlehen, bei welchem der Vasall sein nutzbares Eigenthum weiter zu Lehen gab. Mit Wegfall jeder Lehnsherrlichkeit hat dies Lehen seine Eigenart verloren.[9]

§ 367. Begründung des Lehens.

1. Die Begründung des Lehens geschah dereinst durch Verleihung oder durch Ersitzung.

Die Verleihung (Investitur) vollzog sich durch den übereinstimmenden Willen des Lehnsherrn und des Lehnsmannes — den sogenannten Lehnsvertrag mittels förmlicher Erklärung im Lehnhofe.[1] Ueber den Inhalt des Geschäftes pflegte der Lehnbrief Auskunft zu geben, welcher regelmäßig über dasselbe ausgestellt wurde. Die körperliche Uebergabe des Lehens schloß sich an die Investitur an, ohne zu ihrer Vollendung nothwendig zu sein.[2] Erforder-

---

5) L. R. I, 18 § 66. Nur Adlige konnten in der Regel adlige Lehen erwerben. Das Edikt vom 9. Oktober 1807 § 1 hob dies auf.

6) Vgl. L. R. I, 18 § 75 ff. Gerber P. R. § 108. Meibom deutsches Pfandrecht S. 385 ff. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 498. Die Formulirung des L. R. a. a. O. ist freilich eine wenig durchsichtige.

7) Auch bei bloß auf Zeit gegebenen Lehen, feudum temporarium, konsolidirte sich zwar das Eigenthum des Lehnsmannes durch die Allodifikation, dennoch ist dasselbe nach Ablauf jener Zeit dem Verleiher resp. dessen — allodialen — Erben zurückzuerstatten.

8) Die Lehnsauflösungsgesetze beziehen sich auch auf solche Lehen, wie dies unter Anderem das Pommersche vom 4. März 1867 § 1 und das Märkische vom 23. Juli 1875 § 1 hervorheben.

9) L. R. I, 18 §§ 36 ff. 210 ff.

1) Vgl. L. R. I, 18 § 88. Durch diesen Akt ging das nutzbare Eigenthum an den Vasallen ohne Besitzübertragung über. Vgl. auch I feud. 25 pr. Der Rechtsgrund — causa — der Investitur konnte natürlich der mannichfachste sein. Nicht selten kam vor die Lehnsauftragung, bei welcher der Eigenthümer sein Eigenthum an den Lehnsherrn abtrat, um dasselbe als Lehen zurückzuerhalten, feuda oblata im Gegensatze zu data. Nach L. R. I, 18 § 24 sollte bei den ersteren die Vermuthung für den Vasallen, bei den letzteren für den Lehnsherrn sprechen.

2) L. R. I, 18 § 93. In § 89 bedeutet „Uebergabe" Verreichung, Investitur.

lich war die Belehnbarkeit des Vasallen, welche nach dem allgemeinen Landrechte mit der Fähigkeit des Erwerbes der fraglichen Sache zusammenfiel;[3] desgleichen Fähigkeit der Sache. Das Landrecht erkennt nicht nur die Lehnsfähigkeit von Grundstücken,[4] sondern auch von dauernden Gerechtigkeiten, z. B. von Erbzinsen, und selbst von beweglichen Sachen an, deren Substanz oder Werth dauernd sicher gestellt werden kann.[5]

2. Seit dem Inkrafttreten der Verfassung ist Begründung eines Lehens nicht mehr statthaft.[6] Daher könnte auch angeblicher Erwerb durch Verjährung nur berücksichtigt werden, sofern nachweisbar wäre, daß dieselbe bei jenem Inkrafttreten vollendet war. Auch die Zuschlagung von Pertinenzen zu einem Lehngute ist seitdem nicht mehr ausführbar, da das Verbot der Neuerrichtung auch die Erweiterung bestehender Lehen betrifft.[7] Dagegen schließt das Verbot den Eintritt eines Surrogates, sei es beweglicher Sachen anstatt anderer, oder von Geld, oder auch von Land für ein dem Lehngute enteignetes Grundstück oder Recht nicht aus,[8] da hierin nicht die Neubegründung, sondern nur die Uebertragung der Lehnseigenschaft liegt.

3. In Folge des Verbotes der Neuerrichtung von Lehen sind früher ertheilte sogenannte Anwartschaften auf das Lehen unwirksam geworden, d. h. Rechtsgeschäfte, welche die persönliche Verpflichtung des Lehnsherrn erzeugten, dem Anwärter das Lehen im Falle seiner Erledigung zu verleihen. Aehnlich verhält es sich mit Eventualbelehnungen, d. h. bedingten Belehnungen für den Fall, daß das Lehen sich zu Gunsten des Lehnsherren eröffnen sollte,[9] da die Bedingung, nämlich eine derartige Erledigung, nicht mehr eintreten kann.[10] Anders steht es mit der Mitbelehnung, bei welcher das Lehen Mehreren der Art beliehen war, daß nur der Eine in den Besitz und Genuß gesetzt wurde, während die Anderen und ihre Nachkommen erst nach dem Abgange des Besitzers und seiner Nachkommen zum Besitze

---

3) Fehlte diese, so bestand absolute Lehnsunfähigkeit L. R. I, 18 § 44; alle übrigen Bestimmungen der Eigenschaften des Lehnsmannes hingen von dem Ermessen des Verleihenden ab, L. R. I, 18 § 45. So auch Eichhorn Einl. § 201.

4) II feud. 1 § 1 betrachtet als lehnsfähig nur Grundstücke und Objekte mit Immobiliarqualität.

5) L. R. I, 18 §§ 25. 26.

6) Und zwar ist hierfür die oktroyirte Verfassung vom 5. December 1848 maßgebend, welche zuerst das in der Verfassung vom 31. Januar 1850 § 40 und im Gesetz vom 5. Juni 1852 wiederholte Verbot aussprach.

7) Das Grundbuchamt ist daher nicht mehr befugt, einem Lehngute eine unbewegliche Pertinenz zuzuschreiben.

8) Es galt dies auch für die wegen Aufhebung der Grundsteuerfreiheit vom Gesetze zugebilligte Entschädigung, Striethorst Archiv Bd. 85 S. 296 ff.

9) So definirt das L. R. I, 18 § 444 ff. die Anwartschaft und die Eventualbelehnung. Vgl. aber auch Beseler P. R. § 154.

10) Diese Konsequenz hat bereits das L. R. gezogen, L. R. I, 18 § 655.

gelangten (Gesammthänder, nach dem Sprachgebrauch des Landrechtes Mitbelehnte).[11] Denn hier besteht bereits ein Recht der Mitbelehnten auf das Lehen, welches nur noch nicht zur Ausübung gekommen ist. Solche Rechte hat die neuere Gesetzgebung nicht angetastet.

4. So lange die Lehnsherrlichkeit bestand, war die Wiederholung der Investitur — Lehnserneuerung — bei jedem Wechsel in der Person des Lehnsherrn oder des besitzenden Vasallen Seitens des Letzteren nachzusuchen, und zwar nach dem allgemeinen Landrechte binnen 1 Jahre und 30 Tagen nach Kenntniß des Falles.[12] Die Versäumniß solcher Lehnsmuthung wurde vom Landrechte als sogenannte Felonie dritten Grades mit Geldbuße bedroht.[13] Dies ist nunmehr für die allodificirten Lehen bedeutungslos geworden.[14]

§ 368. Die Lehnsfolger.

1. Hinsichtlich der Frage, wer zur Lehnsfolge berechtigt sei, weicht bekanntlich das langobardische Lehnrecht wesentlich vom sächsischen ab. Nach langobardischem Lehnrechte sind alle vom ersten Erwerber des Lehens durch den Mannesstamm abstammende Personen männlichen Geschlechtes lehnsfolgeberechtigt.[1] Nach sächsischem Rechte vererbte sich dagegen das Lehen von dem jedesmaligen Belehnten nur auf dessen männliche agnatische Abkömmlinge.[2] Doch erweiterte man diese beschränkte Lehnsfolge im Laufe der Zeit durch die Belehnung zur gesammten Hand, indem man allen Söhnen des Vasallen das Lehngut belieh, auch wenn sie nicht in den Naturalbesitz gesetzt wurden, und diese Belehnung auch wieder deren Nachkommen zu Gute kommen ließ, so daß sich der Kreis der Mitbelehnten schließlich auf alle Agnaten erstreckte, selbst auf solche, deren Vorfahren und die selbst eine Belehnung versäumt hatten.[3] Das allgemeine Landrecht nahm

---

11) Vgl. hierüber L. R. I, 18 § 16. Es ist hierbei nicht an den Fall zu denken, in welchem den mehreren Vasallen das Lehen je nach ideellen Theilen ohne gegenseitiges Successionsrecht verliehen war, sogen. coinvestitura juris communis s. Longobardici vgl. Paetz Lehnrecht § 61. — Ueber die Succession der Mitbelehnten siehe L. R. I, 18 § 411 ff.

12) L. R. I, 18 § 102 ff., § 121 ff.

13) L. R. I, 18 §§ 151, 157.

14) Bestritten ist die Frage des Vorzuges von Lehnbriefen verschiedenen Inhaltes, die bei successiven Investituren ausgestellt wurden. Das Landrecht entscheidet folgerichtig, daß der spätere Lehnbrief dem Empfänger, der ihn ohne Vorbehalt annahm, und dessen Successoren präjudicire, nicht aber Agnaten und Mitbelehnten. L. R. I, 18 § 141 und 142. — Die gemeinrechtlichen Schriftsteller streiten. Viele verlangen den Nachweis, daß die Abänderung mit beiderseitiger Bewilligung geschah, während diese Bewilligung doch offenbar in der vorbehaltslosen Annahme des Lehnbriefes liegt.

1) I f. 1, 19 § 1. II f. 11, 37 pr., 50.

2) Sächs. Lehnrecht Art. 21 § 3.

3) Dies war die schließliche Gestaltung. In der Uebergangszeit forderte man das Verbleiben der Mitbelehnten in der Gewere. Vgl. Beseler P. R. § 155.

das langobardische System an,[4] provinzialrechtlich aber bestand vielfach in der Monarchie das sächsische. Dasselbe wurde indessen unhaltbar nach Allodifikation der Lehen. Von deren Inkrafttreten an gelten alle Agnaten und Mitbelehnte, welche nach früherem Rechte die Belehnung hätten fordern können, so berechtigt, als wäre ihnen dieselbe ertheilt.[5]

Seitenverwandte des ersten Erwerbers des Lehens haben kein Recht auf dasselbe, es sei denn so beliehen, als wäre es ererbt.[6]

Der Vermuthung nach gelten auch bei einem derartigen sogenannten feudum ex jure antiqui concessum nur die Brüder des ersten Erwerbers und dessen Abkömmlinge als mitbelehnt, wenn die Absicht nicht, wie auch aus den Umständen geschlossen werden kann,[7] eine weitergehende war und Alle umfaßte, welche von irgend einem Vorfahren des Erstbelehnten erweislich abstammten.

2. Der Regel nach sind Weiber zur Lehnsfolge nicht fähig.[8] Es sind ferner, als bürgerlich todt, lehensunfähig Klostergeistliche, wenn sie nicht innerhalb 1 Jahres und 30 Tagen nach Eröffnung der Lehnsfolge ihres Gelübdes ledig werden.[9] Fähig sind aber durch nachfolgende Ehe Legitimirte.[10]

3. Die Ordnung der Lehnsfolge beruht der Regel nach auf der s. g. Linealfolge,[11] welche die Verfasser des Landrechtes als die des langobardischen Lehnrechtes betrachteten.[12] Es folgen also zunächst die lehnsfähigen Nach-

---

4) L. R. I, 18 §§ 17. 109. 380. 411. 412. Vgl. überhaupt Witte, das preußische Intestaterbrecht S. 163 ff.

5) Vgl. Gesetz vom 18. April 1855 für die Lehen, auf welche das sächsische Lehnrecht Anwendung findet. Das Gesetz fordert statt der früheren Lehnsmuthung eine Anmeldung bei dem zuständigen Obergericht binnen sächsischer Frist — 1 Jahr, 6 Wochen, 3 Tage —, jedoch nur mit dem Präjudiz, daß im Falle der Versäumniß alle Verfügungen des Lehnbesitzers über das Lehen den nichtangemeldeten Lehnberechtigten binden, vorbehaltlich des Regresses gegen den Lehnbesitzer.

6) Siehe L. R. I, 18 § 402 ff.

7) Beispiele giebt L. R. I, 18 § 406: wenn der erste Erwerber zur Zeit der Belehnung keine Brüder hatte, oder das Gut schon vorher Stamm- oder Familiengut war.

8) L. R. I, 18 §§ 380. 422 ff.

9) L. R. I, 18 § 370 ff. Weiter geht II feud. 30 § 1.

10) L. R. I, 18 § 361. Im Herzogthum Sachsen — oben § 366 bei Anm. 9 — bestimmte die Lehnsfähigkeit der s. g. Mantelkinder die Deklaration vom 30. September 1820 auch für den Fall, daß die Lehnbriefe auf eheliche Nachkommen lauteten. Anders nach manchen Provinzialrechten, z. B. dem der Mark Brandenburg, Striethorst Archiv Bd. 69 S. 135. Gemeinrechtlich ist das Recht der Mantelkinder bestritten. Vgl. II feud. 26 § 19. Dafür Dieck über die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder, Halle 1832. Dagegen Wilda Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 4 S. 281 ff. Beseler P. R. § 165 Anm. 4. Vgl. auch unten § 380 Anm. 4. Ueber s. g. Brautkinder siehe Witte a. a. O. S. 164.

11) L. R. I, 18 § 388 ff.

12) Die langobardische Lehnsfolgeordnung ist freilich bestritten. Manche nahmen an, daß Gradualordnung, wie nach römischem Rechte gelte, wofür sehr bestimmt zu sprechen scheint II feud. 37pr., Andere fanden die Linealerbfolge in demselben vertreten, worauf deutet II feud. 50, welche mit der vorangeführten Stelle nicht zu ver-

kommen des letzten Lehnsbesitzers nach Stämmen, dann diejenigen Agnaten, welche mit dem letzten Lehnsbesitzer den nächsten gemeinsamen Stammvater haben, und zwar gleichfalls nach Stämmen; die Nähe des Grades kommt nicht in Betracht. Ascendenten des Lehnsbesitzers haben der Regel nach kein Nachfolgerecht.[13] Bei Weiberlehen kommt regelmäßig[14] die Weibersuccession erst in Ermangelung der Agnaten des ersten Erwerbers und Mitbelehnten zur Wirksamkeit.[15] Und zwar folgen zuerst die etwaigen Söhne von Töchtern oder von Enkelinnen des letzten Besitzers. Sind solche nicht vorhanden, so bleibt die Tochter des ersten Grades — die Erbtochter — zwar im Besitze und Genusse des Lehens; verstirbt sie aber ohne männliche Nachkommen, so kommen die vom ersten Lehnserwerber kognatisch stammenden Männer zur Lehnsfolge nach derselben Ordnung wie Agnaten. Weiber gelangen — von der Erbtochter abgesehen — nur dann zum subsidiären Lehen, wenn auch keine vom ersten Erwerber durch Weiber stammende Männer vorhanden sind.[16]

Die gesetzliche Lehnsfolge tritt nur ein, wenn bei der Begründung oder durch späteren Familienbeschluß keine andere festgestellt war, z. B. durch Einführung von Primogenitur, Majorat, Seniorat, Bestimmung der Gradual-Erbfolge.[17] Beim sogenannten Erblehen insbesondere geschieht die Lehnsfolge nach den Regeln des gemeinen gesetzlichen Erbrechtes, während die Lehnsfähigkeit sich im Zweifel nach lehnrechtlichen Grundsätzen richtet.[18]

---

einigen ist; die Meisten entscheiden sich für die Linealgradualerbfolge, wobei also in derselben Linie die Nähe des Grades den Vorzug giebt. Vgl. Pfeiffer im Rechtslexikon Bd. 6 S. 550 ff. Beseler P. R. § 166. Daß die Redaktoren des Landrechtes nach II feud. 50 die Linealerbfolge als die des langobardischen Lehnrechtes ansahen, ergiebt die von den Gesetzrevisoren in den Motiven zum revidirten Entwurf des Lehnrechtes S. 113 mitgetheilte Aeußerung von Suarez.

13) Doch kann der Vater nach L. R. I, 18 § 398 ff. in das dem Sohne unter Lebenden abgetretene Lehen bei dessen ohne lehensfähige Nachkommen erfolgtem Tode succediren. Dies nach II feud. 49, dessen Tragweite aber bestritten ist. Witte a. a. O. S. 168. Anders wenn z. B. ein Weiberlehen von der Mutter an den Sohn fiel u. s. w.

14) Sie sind der Regel nach subsidiäre. Vgl. oben § 366 bei Anm. 4.

15) Vgl. L. R. I, 18 §§ 420. 422 ff. Witte Intestaterbrecht S. 174. — Die Grundlage ist also der Vorzug der Erbtochter vor der sog. Regredienterbin, über den man gemeinrechtlich im vorigen Jahrhundert stritt.

16) Ueber die Anwendung des Grundsatzes femina semel exclusa semper exclusa in L. R. I, 18 § 430 siehe Witte a. a. O. S. 176.

17) Gradualerbfolge nimmt L. R. I, 18 § 413 an, wenn Agnaten, die der Mitbelehnung zur Erhaltung ihres Rechtes bedurften „nach rechter Sippzahl“ — Recht der Sippzahl — belehnt wurden. Witte Intestaterbrecht S. 170. Vgl. aber auch Hoffmann sächs. Lehnrecht § 122.

18) Vgl. L. R. I, 18 § 437 ff. Das Erblehen ist daher regelmäßig ein feudum hereditarium mixtum, nicht merum. Vgl. auch Witte a. a. O. S. 173. — Nothwendig ist insbesondere Abstammung vom ersten Erwerber des Lehens, Paetz Lehnrecht § 105 not. p.

§ 369. Rechtsverhältnisse.

1. Der Lehnsbesitzer hat seit Aufhebung des Obereigenthums das volle und ausschließliche Eigenthum der Lehnssache. Manche freilich nehmen ein deutschrechtliches Gesammteigenthum sämmtlicher Lehnsanwärter an auf Grund der früheren Belehnung zur gesammten Hand.[1] Richtiger aber behandelt man die Rechte der Anwärter, worunter wir Lehnsagnaten und Mitbelehnte verstehen, derzeit als dingliche Rechte an fremder Sache auf deren künftigen Anfall. Der Lehnsbesitzer hat also, als Alleineigenthümer, soweit Rechte, als er nicht durch die Berechtigungen der Lehnsanwärter beschränkt ist. Ihm stehen namentlich die Nutzungen, ordentliche wie außerordentliche,[2] zu, er darf verändern, nicht aber verschlechtern.[3] Er darf seine Rechte Anderen überlassen, Pacht und Nießbrauch[4] am Lehngute bestellen. Er vertritt die Lehnssache aktiv und passiv in Rechtsstreitigkeiten, so daß die Entscheidung auch für die Anwärter Rechtskraft gewinnt; und von ihm geschlossene Vergleiche über Rechtsstreitigkeiten sind für die Anwärter verbindlich.[5] Die Veräußerung der Substanz des Lehens ist zwar seit Aufhebung der Lehnsherrlichkeit nicht mehr bei Strafe der Felonie verboten,[6] bindet aber die Lehnsfolger nicht.

2. Die Lehnsanwärter haben vor dem Anfall folgende Rechte:

a) Sie können die Eintragung ihrer Anwartschaft im Grundbuche fordern, die auf Grund der Bescheinigung der Lehnsbehörde erfolgt.[7] Nichteingetragene Anwärter können gegen Dritte, welche deren Rechte beim Erwerbe der Sache nicht kannten, keine Ansprüche geltend machen.[8] Die eingetragenen

---

1) Allerdings bestimmen L. R. I, 18 §§ 17. 18: „Agnaten und Mitbelehnte nehmen an dem nutzbaren Eigenthume des Lehens, welches dem Vasallen zukommt, Theil; doch ruht ihr Recht, bis sie nach der Ordnung der Lehensfolge zum wirklichen Besitz des Lehens berufen werden." Aber gerade dieses ruhende Recht läßt sich nach den Denkformen, die unsere Jurisprudenz ausgebildet hat, nur als Recht an fremder Sache bezeichnen. Vgl. auch Göppert Gesammteigenthum S. 9 ff.

2) L. G. I, 18 §§ 6. 7.

3) L. R. I, 18 § 577.

4) R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1004.

5) Dies war gemeines Recht II feud. 26 § 21. Das L. R. forderte I, 18 § 258 Zustimmung des Lehensherrn, um diesen zu verbinden. Dies ist weggefallen. Ohne Grund ist es, wenn Koch die Rechte, welche dem Lehensherrn gegeben sind, analog auf die Anwärter ausdehnen will.

6) L. R. I, 18 § 187 ff. Die Felonie war zweiten Grades, wenn sie mit Verschweigung der Lehenseigenschaft geschah, sonst dritten Grades — nur mit Geld zu bestrafen. Nach dem derzeitigen Recht ist in der Regel die Auflassung des Lehens — unvorgreiflich des im Text Bemerkten —, nicht des Fideikommisses zulässig.

7) G. B. O. § 52; E. E. Gesetz §§ 13 und 14.

8) Vgl. L. R. I, 18 § 291, ferner § 292 das. Die Bestimmung von L. R. I, 18 § 293, wonach Söhne in väterlicher Gewalt zur Erhaltung ihres Rechtes gegen Dritte

Anwärter sind namentlich auch bei Gemeinheitstheilungen zu laden und können am Verfahren Theil nehmen.[9]

b) Die Anwärter sind befugt, im Falle von Verschlechterungen des Lehngutes Sicherungsmaßregeln zu beantragen. Doch hat das Recht nur der jedesmal nächste Lehnsfolger, wenn der nach der Lehnsordnung Berufene im Besitze des Lehens ist, während dann, wenn ein Fremder den Besitz hat, jeder Lehnsanwärter zum Antrage befugt ist.[10]

c) Gegen Veräußerungen des Lehens kann jeder Lehnsanwärter protestiren mit der Folge, daß der trotz rechtzeitig zu seiner Kenntniß gekommenen Einspruchs Erwerbende nach dem Anfalle des Lehens an den Protestirenden oder an dessen Erben, nicht mehr als redlicher Besitzer gilt.[11] Auch kann der Anwärter zur Verhütung von Verdunkelungen den Zustand zur Zeit der Veräußerung nach den Grundsätzen über den Beweis zum ewigen Gedächtniß feststellen lassen.

§ 370. Der Anfall des Lehens.

1. Mit dem Wegfallen des bisherigen Lehnsbesitzers, sei es durch Tod, Unfähigkeit oder Verzicht, rückt der nächste Lehnsfolger in das Eigenthum des Lehens ein, und zwar von Rechtswegen, ohne daß es seiner Willenserklärung über den Erwerb bedarf.[1]

Hierbei gilt der lehnsrechtliche Grundsatz, daß die Lehnsfolge sich vollziehe ex pacto et providentia majorum.[2] Darunter ist zu verstehen, daß sie geschehe nach den in das Lehen bei seiner Begründung gelegten Normen und daß sie dadurch bedingt sei, daß man von dem ersten Erwerber abstamme, welcher das Lehen für sich und seine Nachkommen empfing. Aber die erste Investitur ist doch nur die entferntere Quelle des Erwerbes;[3] es kommt

---

keiner Eintragung bedurften, ist in Folge des § 11 des Gesetzes über den E. E. vom 5. Mai 1872 weggefallen. Ueber Eintragungen unter demselben Datum vgl. E. E. Gesetz § 36 Abs. 2, oben § 200 bei und nach Anm. 10.

9) Gesetz vom 7. Juni 1821 über die Ausführung der Gemeinheitstheilungsordnung §§ 10—14. Verordn. vom 30. Juni 1834 § 24.

10) L. R. I, 18 §§ 577. 300. Entsch. des O. Trib. B. 35 S. 60.

11) L. R. I, 18 § 296 ff.

1) Die Eintragung in das Grundbuch wird nicht von Amtswegen durch die Lehnsbehörde betrieben. Sie erfolgt vielmehr auf Ansuchen des Lehnfolgers unter Beibringung einer Bescheinigung der Lehnsbehörde über seine Nachfolge — G. B. O. § 52 — vorausgesetzt, daß die Lehnseigenschaft des Grundstückes aus dem Grundbuche erhellt.

2) Die Glosse zu I feud. 1 § 2 m spricht dies aus, um die testamentarische Succession auszuschließen: quia potius principali providentia, quam ejus judicio hoc feudum ad fratrem perveniret et a majoribus hoc intelligitur habere.

3) Manche haben dies verkannt und jenem Grundsatze eine übertriebene Bedeutung beigelegt. Vgl. J. L. Boehmer de filio vasalli in feudo Gott. 1779. Völlig verwirft im Gegentheil den Satz Schröder: die rechtliche Natur der Lehnsfolge, Zeitschrift für Rechtsgeschichte germ. Abth. Bd. 5 S. 295 ff.

daneben in Betracht, daß entferntere Lehnsfolger das Lehnsfolgerecht durch Abstammung von Ascendenten gewinnen, welche zwischen ihnen und dem ersten Erwerber stehen. Daher unterscheidet das langobardische Recht die Lehnsfolge der Descendenten des verstorbenen Lehnsbesitzers von derjenigen der Agnaten. Für die Descendenten stellt es den Satz auf, daß sie Lehen und Allodialerbschaft zusammen entweder erwerben oder ausschlagen müssen[4] und Veräußerungen ihres Ascendenten nicht anfechten können.[5]

2. Nach den Vorschriften des Landrechtes hingegen müssen Descendenten des verstorbenen Lehnbesitzers dessen Verfügungen über die Nutzungen des Lehens anerkennen, dessen Veräußerungen der Substanz dürfen sie aber, gegen Entschädigung, anfechten.[6] Die Allodialerbschaft ihrer Ascendenten können sie ausschlagen und doch das Lehen behalten. Aber die Schulden der Allodialerbschaft sind stets, falls das Allodialvermögen nicht ausreicht, so lange aus den Lehnseinkünften zu tilgen, bis die vom Schuldbegründer abstammende Descendenz erloschen ist.

Die Agnaten sind nicht gehalten, Verfügungen anzuerkennen, welche ein agnatisch verwandter Vorbesitzer einseitig getroffen hat. Dagegen sind sie durch Zustimmen — Konsense — ihrer Ascendenten zu Veräußerungen und anderen das Lehen schmälernden Verfügungen dann gebunden, wenn sie zur Zeit der Ertheilung der Zustimmung noch in väterlicher Gewalt standen oder erst nach derselben geboren wurden.[7]

3. Ist das Lehen oder sind Bestandtheile desselben veräußert, so hat der Lehnsfolger mit dem Anfall des Lehens die actio feudi revocatoria, falls er das Recht nicht durch die eigene Zustimmung oder die eines seiner Ascendenten ver-

4) II feud. 45, II feud. 51 § 4. filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo. Dies gilt auch in dem Herzogthum Sachsen, Hoffmann a. a. O. § 131 ff.

5) Dies ist wenigstens die richtige Ansicht. Vgl. Beseler d. P. R. § 160 Anm. 19. Eichhorn Einl. § 228 not. n. Schröder a. a. O. Bd. 5 S. 285 ff.

6) L. R. I, 18 § 266 ff. Vgl. Jakobi über das Anrecht der Söhne an das Lehen in Ulrichs Archiv Bd. 12 S. 523. In Bezug auf testamentarische Verfügungen des Ascendenten über das Lehen — im Grunde Veräußerungen — finden sich besondere Bestimmungen L. R. I. 18 § 280 ff. Descendenten, welche Erben ihres Vaters geworden sind, können sie nicht anfechten, was nach den Grundsätzen des Landrechtes singulär ist; der Vater kann ferner, sofern gesetzliche Enterbungsgründe vorhanden sind, seine Descendenten auf Alimente beschränken.

7) L. R. I, 18 § 309. Daß solchen Nachkommen dennoch das Anfechtungsrecht von Substanzveräußerungen gegen Entschädigung zustehen sollte, hatte zwar, gestützt auf L. R. I, 18 § 266, das Justizministerium, Kamptz Jahrb. Bd. 17 S. 14, behauptet; dagegen aber fast alle Späteren, z. B. Eichhorn in einem Rechtsgutachten über den § 309, Berlin 1822. Düesberg in Simons Zeitschr. Bd. 1 S. 134. Witte Intestaterbrecht S. 193. — Die Worte des § 309 sind unzweideutig, und die Anfechtung ist nicht zu begünstigen, sonst hätte der Schluß, daß, was den Descendenten verstattet ist, den bloßen Agnaten nicht zu versagen sei, wohl Grund. — Gemeinrechtlich streitet man über diese Verbindungskraft des Konsenses für die ungeborenen Nachkommen.

wirkt hat.[8] Es liegt hierin eine Eigenthumsklage, da der Anwärter mit dem Anfalle Eigenthümer wird. Zur Erstattung des vom Besitzer für den Erwerb Ausgelegten ist der Anfechtende nicht verpflichtet, vorausgesetzt, daß dem Erwerber die Lehnseigenschaft bekannt oder daß sie aus dem Grundbuch ersichtlich war.

4. Nach früherem Rechte hatten die Agnaten auch einen sogenannten Lehnsretrakt,[9] ein Vorkaufsrecht im Falle der Veräußerung von Lehnsbestandtheilen. Dieses Recht stand ihnen bereits vor dem Anfalle des Lehens zu. Durch die neuere Gesetzgebung ist dasselbe weggefallen.[10]

§ 371. Von den Lehnsschulden.[1]

1. Das Lehen bildet ein Sondervermögen, welchem gewisse Schulden zugehören, in die jeder Lehnsnachfolger succedirt.[2] Es sind dies die sogenannten Lehnsschulden.

2. Man unterscheidet gesetzliche — legalia — und gewillkührte, auf Zustimmung der Lehnsfolger beruhende Lehnsschulden — consensuata —, ferner absolute, die alle Lehnsfolger treffen, und relative, die nur gewissen Anwärtern obliegen, dann unmittelbare, die in erster Linie aus dem Lehen zu entrichten sind, und subsidiäre, die nur im Falle der Unzulänglichkeit der Allodialmasse das Lehen verpflichten, endlich solche, die nur auf den Nutzungen, und solche, die auch auf der Substanz ruhen.[3]

3. Hinsichtlich der gesetzlichen Lehnsschulden verweist das Landrecht auf die provinziellen Ordnungen, aus denen sich ergiebt, welche Ausgaben für den Lehnsbesitzer und dessen Familie, oder für das Lehen als gesetzliche Lehnsschulden gelten.[4] Durch das Landrecht selbst werden nur Ausgaben, welche

---

8) L. R. I, 18 § 302. Die Verjährung der Klage beginnt erst mit dem Anfalle des Lehens. Der Beklagte hat bis zum Prozeßbeginn regelmäßig die Stellung eines redlichen Besitzers L. R. I, 18 § 303.

9) L. R. I, 18 § 305 ff. II feud. 9 § 1. II feud. 26 § 13.

10) Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 2 Ziff. 6. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 18. September 1854, Entsch. Bd. 28 S. 301.

1) L. R. I, 18 § 311 ff. Vgl. über Lehnsschulden Gerber in Lindes Zeitschrift n. F. B. 11 S. 183 ff., Meibom in Bekkers und Muthers Jahrb. Bd. 4 S. 465 ff. und dawider Gerber in Iherings Jahrb. Bd. 6 S. 281 ff.

2) Hiernach erblickt Gerber a. a. O. mit Recht in der Lehnssuccession eine besondere Universalsuccession. Der Lehnsfolger steht demnach für solche Schulden nur mit den Einkünften oder höchstens der Substanz des Lehens, nicht aber persönlich ein. Vgl. unten § 379 z. A. über Familienfideikommisse.

3) Gesetzliche Lehnsschulden ruhen der Regel nach nur auf den Nutzungen, L. R. I, 18 § 234. Solche Schulden, die bloß zu Gunsten der Person des Vasallen oder seiner Familie gemacht wurden, sind subsidiäre, L. R. I, 18 § 232.

4) L. R. I, 18 § 228 ff.

gesetzlich vorgeschrieben [5] oder welche im Interesse der Landeskultur vom Staate empfohlen sind,[6] als Lehnsschulden besonders bezeichnet.

4. Gewillkührte Lehnsschulden verbinden nur die Zustimmenden und deren Descendenten; sie sind im Zweifel subsidiär [7] und bloß aus den Nutzungen des Lehens zu entrichten.[8] Es bezieht sich dies aber nicht auf den Fall, wenn die Zustimmung zu dem Zwecke eingeholt war, um die Höhe einer gesetzlichen, absoluten und nothwendigen Lehnsschuld festzusetzen.[9]

Die Zustimmung muß schriftlich sein.[10]

5. Lehnsschulden haben an sich ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung gleichen Rang, sie seien denn durch Eintragung in das Grundbuch mit hypothekarischen Rechten versehen.[11]

6. Das Recht der **Zwangsvollstreckung** in das Lehen ist ein verschiedenes, je nachdem die Forderungen dessen Substanz verhaften oder nur dessen Einkünfte. Im ersten Falle ist Zwangsversteigerung des Lehens,[12] im zweiten nur Zwangsverwaltung, sowie Befriedigung aus den Einkünften zulässig.[13] Beschlagnahme der Lehnseinkünfte tritt auch dann ein, wenn der Lehnsbesitzer mit seinem allodialen Vermögen in Konkurs geräth, da die Lehnseinkünfte in die Konkursmasse fließen. Der Lehnsbesitzer hat im Falle der Zwangsvollstreckung in die Lehnseinkünfte das Recht der **Lehnskompetenz**.[14] Dieselbe besteht, wenn die Schulden von ihm herrühren, in 1/4 der Einkünfte, es sei denn dasselbe nicht zu seinem nothdürftigsten standesmäßigen Unterhalte ausreichend.[15]

---

5) Vgl. L. R. I, 18 § 241. Solche verhaften die Substanz, § 242 das.

6) L. R. I, 18 § 238. Sie lasten auf den Einkünften. § 239 das. Besondere Normen gelten für den Fall der Gemeinheitstheilungen und Ablösungen. Die **Substanz** ist hier verpfändbar für die Kosten des Verfahrens, die zu leistenden Abfindungsgelder, ferner die dauernder Verbesserung dienenden, durch die Umgestaltung nothwendig gewordenen Einrichtungskosten, Kab. O. vom 2. Juli 1831, Gesetz vom 29. Juni 1835 § 4 ff.

7) L. R. I, 18 § 320 mit einem Vorbehalt in § 321.

8) Vgl. L. R. I, 18 §§ 244. 319.

9) L. R. I, 18 §§ 245. 246.

10) L. R. I, 18 § 313. Vorbehaltlose Unterschrift des Schuldinstrumentes durch den Lehnsfolger genügt, § 314. Der darleihende Anwärter konsentirt durch das Darlehen, § 316. Der für eine gewisse Zeit ertheilte Konsens erhält sich nach besonderer Bestimmung, wenn die Klage binnen vier Wochen nach Ablauf der Zeit erhoben und später gehörig fortgesetzt wird, L. R. I, 18 § 256.

11) L. R. I, 18 § 323 ff.

12) Bleibt ein Ueberschuß, so ist nach L. R. I, 18 § 341 derselbe auf Antrag der Anwärter als Geldlehen zu belegen. Schaffung eines Lehngutes — vgl. § 341 — kann in Folge des Verbotes der Begründung neuer Lehen nicht mehr gefordert werden.

13) Näheres siehe Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 377 ff. Vgl. oben § 365 Anm. 7.

14) L. R. I, 18 § 350. A. G. O. I, 49 § 27 ff. Die Lehnskompetenz wird anerkannt durch Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 438. Koch zu dieser Stelle bezeichnet die Aufrechterhaltung als folgewidrig, da die Kompetenz im Interesse des Lehnsherrn gewesen sei, also hätte wegfallen müssen, seit es keinen Lehnsherrn mehr giebt.

§ 372. Sonderung des Lehens vom Allodialvermögen.

Eine Sonderung des Lehens und des Allodialvermögens wird nothwendig, wenn nach dem Tode eines Lehnsbesitzers beide Vermögensmassen an verschiedene Rechtsnachfolger gelangen.[1] Sie ist aber auch erfordert, falls der Lehnsbesitzer in Konkurs kommt und richtet sich dann wesentlich nach denselben Grundsätzen. Wir beschäftigen uns vorzugsweise mit dem ersten Falle.

1. Die Allodialerben haben das Recht auf den Besitz der ganzen Erbmasse, so lange und so weit die Lehnseigenschaft nicht anerkannt ist,[2] die Lehnsanwärter können aber Maßnahmen gegen Verdunkelungen und im Falle einer Gefährdung Sequestration fordern. Ist nicht die Lehnseigenschaft, sondern nur der Lehnsfolger bestritten, so ist das Lehen zu sequestriren und die Sonderung des Lehens geschieht gegen sämmtliche Prätendenten, welche entweder in Person auftreten oder durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten vertreten werden.[3]

2. Die Lehnsfolger haben ein Recht auf solche unbewegliche Zubehörstücke, welche dem Lehngute — vor dem Inkrafttreten der oktroyirten Verfassungsurkunde — zugeschlagen wurden.[4] Außerdem können sie Abtretung von thatsächlich verbundenen Pertinenzstücken gegen den gerichtlichen Taxwerth verlangen.[5] Dieselben sind dann von allen Lehnsfolgern zu gleichem Preise zu übernehmen, bleiben aber an sich allodial.

3. Beilaßstücke[6] kann der Lehnsfolger nur fordern, wenn sie nachweisbar einem Lehnserwerber mit dem Lehen übergeben waren, oder wenn sie in einem Lehninventar als Zubehör des Lehens verzeichnet sind.[7] Erhellt nicht mehr, was dazu gehört habe, so ist das zur nothdürftigen Bewirthschaftung Erforderliche zu leisten. Der Beschaffenheit nach sind im Zweifel Stücke mittlerer Güte gefordert.[8]

---

15) Wenn die Lehnsschulden von einem Vorbesitzer herrühren, kann die Kompetenz auf $^1/_3$ der Lehnseinkünfte steigen, L. R. I, 18 §§ 354, 355.

1) Vgl. A. G. O. I, 46 § 26 ff. L. R. I, 18 § 508 ff. Die Klage auf Sonderung kann in diesem Falle nach R. C. P. O. § 28 bei dem persönlichen Richter des Erblassers angestellt werden; nach gemeinem Rechte galt das Gericht der belegenen Sache als ausschließliches, Paetz Lehnrecht § 165 not. v und dort Citirte. Ueber den Fall des Konkurses siehe Pr. Konkursordnung § 36 Abs. 2. R. K. O. § 45.

2) A G. O. I, 46 § 28. Gemeinrechtlich differiren die Ansichten; die Auffassung des preußischen Rechtes entspricht dem Charakter der Allodialerbschaft als Universalsuccession, die an sich Alles erfaßt, was dem Erblasser gehörte.

3) A. G. O. I, 46 § 30.

4) Die Einverleibung mußte aber im Hypothekenbuche vermerkt sein, es sei denn, daß das Zuerworbene nicht für sich allein benutzt werden konnte. L. R. I, 18 §§ 528. 529.

5) L. R. I, 18 § 534 ff. Gemeinrechtlich nahm man gleiche Sätze auf Grund von II feud. 28 § 2 an.

6) Oben § 284 bei Anm. 2a.

7) L. R. I, 18 § 515.

8) L. R. I, 18 § 516 ff.

4. Die Nutzungen des letzten Jahres sind zwischen den Lehnsfolgern und Allodialerben nach den für den Nießbrauch geltenden Grundsätzen zu theilen.[9]

5. Wegen Verbesserung des Lehens hat die Allodialmasse regelmäßig nichts zu fordern.[10] Doch leidet dies insbesondere Ausnahmen für dasjenige, was der Lehnsbesitzer zur Wiedereinlösung der früher vom Lehen getrennten Pertinenzen verausgabte.[11] Auch ist Vergütung für Verbesserungen dann zu leisten, wenn der Lehnsbesitzer sich dieselbe durch die zwei nächsten Anwärter, welche hierin die Familie vertreten, gerichtlich zusichern ließ, so daß die Vergütung auf die Lehnseinkünfte zur allmählichen Tilgung angewiesen wurden.[12]

6. Für Verschlimmerungen steht der Lehnsbesitzer ein, wenn ihm wenigstens mäßige Verschuldung zur Last fällt.[13] Doch läßt das Gesetz nur wegen bestimmter, einzeln aufgeführter Verschlimmerungen Klage zu.[14] Zugelassen wird die Kompensation vorhandener Verbesserungen auf Ersatzansprüche wegen Verschlimmerungen, selbst wenn eine Vergütung für die Verbesserungen an sich nicht gefordert werden könnte.[15]

7. Der Allodialerbe hat wegen seiner Ansprüche gegen den Lehnsfolger kein Zurückhaltungsrecht, wie ihm solches nach gemeinem Rechte zusteht,[16] wohl aber kann er hypothekarische Sicherung oder auch Sequestration des Lehens bis zu seiner Befriedigung fordern.[17]

§ 373. Aufhebung der Lehnseigenschaft.

1. Die Lehnseigenschaft erlischt, wenn kein lehnberechtigter Anwärter mehr vorhanden ist, wie auch dann, wenn kein Anwärter binnen der von den provinziellen Lehnsauflösungsgesetzen festgesetzten Fristen nach Maßgabe dieser Gesetze beim Lehnshof oder auch im Grundbuch als Lehnsberechtigter eingetragen ist.[1] Das Lehnsgut wird in diesen Fällen freies Eigenthum des Besitzers des Lehens und geht auf dessen Allodialerben über.

---

9) L. R. I, 18 § 510. Ueber das langobardische Recht II feud. 28 § 3.

10) L. R. I, 18 § 543. Gemeinrechtlich pflegt man den Landerben wegen der Meliorationen einen Entschädigungsanspruch zuzugestehen. Vgl. Beseler d. P. R. § 163 not. 13.

11) L. R. I, 18 § 540 ff. findet sich das Nähere.

12) L. R. I, 18 § 544 ff.

13) arg. L. R. I, 18 § 560. Im gemeinen Rechte beschränkt man nicht selten die Verpflichtung auf dolus und culpa lata. Paetz Lehnrecht § 172.

14) L. R. I, 18 § 556 ff. Es kommen in Betracht Deteriorationen gewisser Gebäude, Vernachlässigung von Dämmen und Wasserbauten, Waldverwüstungen u. s. f. Vgl. auch L. R. I, 18 §§ 561. 562 für den Fall der Nichtwiederaufrichtung durch Zufall zerstörter Wohn- und Wirthschaftsgebäude.

15) L. R. I, 18 § 575. Vgl. Paetz § 172.

16) Paetz Lehnrecht § 171 not. f.

17) L. R. I, 18 §§ 600. 601.

1) L. R. I, 18 § 656. Vgl. die unten Anm. 8 bezeichneten Gesetze und oben § 367 bei Anm. 11, insbesondere Gesetz vom 23. Juli 1875 § 4 Ziff. 1.

2. Das Gleiche gilt, wenn alle diejenigen, welche an sich nach Lehnsrecht ein Nachfolgerecht hatten, in anderer Weise dieses Rechtes verlustig gingen. Es kann dies nach ihrem Willen geschehen, insbesondere durch einen Familienschluß,[2] sowie dadurch, daß alle Anwärter einer Veräußerung des Lehens an einen Dritten ihre Zustimmung gaben. Nicht weniger erlischt aber die Lehnseigenschaft auch durch Veräußerung des Lehens an einen gutgläubigen Dritten, sofern die Rechte der Lehnsanwärter nicht aus dem Grundbuche erkennbar waren.[3]

3. Auch durch Verjährung[4] kann die Lehnseigenschaft beseitigt werden, soweit ihr nicht das Grundbuch Oeffentlichkeit giebt.[5]

4. Liegt eine Aufhebung der Lehnseigenschaft in der Eintragung eines sogenannten Lehnsstammes? Von einem Lehnsstamme spricht das Landrecht,[6] wenn sich die Lehnsfolger eine gewisse, auf die Lehnssache radicirte Summe vorbehalten haben. Die Absicht bei einem solchen Geschäfte muß darin bestanden haben, dem Lehnsbesitzer, abgesehen von jener Summe, Verfügungsrechte am Lehen einzuräumen. Welche Rechte? ist Auslegungsfrage. Die Meinung kann gewesen sein, daß der Lehnsstamm fortan Surrogat des Lehngutes werde, dieses also von dem Lehen befreit werden soll, oder daß der Lehnsbesitzer das Lehen unter Vorbehalt des Lehnsstammes verschulden dürfe. Das Landrecht stellt die Vermuthung auf, daß der Besitzer durch einen solchen Akt nur die Befugniß erhalten habe, das Lehen vorbehaltlich des Lehnsstammes zu verschulden.[7] Macht der Besitzer von dieser Befugniß keinen Gebrauch, so kann dieselbe durch seine Allodialerben nicht nachträglich ausgeübt werden.

5. Das Lehen verliert endlich die Lehnseigenschaft nach den für die einzelnen Provinzen nach und nach ergangenen Lehnsauflösungsgesetzen,[8]

---

2) Edikt vom 9. Oktober 1807 § 9. Vgl. auch die Anm. 8 bezeichneten Lehnsauflösungsgesetze.

3) L. R. I, 18 § 665 stimmt nicht mit dem heutigen Grundbuchrechte, und ist folglich abgeändert. Anders Märkisches Lehnsauflösungsgesetz § 17 unter 1.

4) Vgl. aber L. R. I, 18 § 666 über den Fall, daß die mit der Lehnseigenschaft belegte Sache noch nicht im Grundbuche verzeichnet ist. Siehe auch unten § 378 Anm. 8.

5) Die Löschung der Lehnseigenschaft im Grundbuche kann nur auf Grund einer Bescheinigung der Lehnsbehörde erfolgen, vgl. G. B. O. § 99.

6) Die Unterscheidung von „Lehnsstamm" und „Lehnsquantum", welche gemeinrechtliche Feudisten machen, findet sich im Landrechte nicht. Vgl. übrigens Pfeiffer im Rechtslexikon Bd. 6 S. 493 ff.

7) L. R. I, 18 § 605 ff.

8) Gesetz vom 5. Juni 1852 Art. 2 und später: Gesetz vom 4. März 1867 und Gesetz vom 27. Juni 1875 für Pommern — vgl. v. Wilmowski, Beiträge zum Pommerschen Lehnrecht, Berlin 1870 —, vom 23. Juli 1875 für die Kur-, Alt- und Neumark, vom 3. Mai 1876 für Westfalen und die landrechtlichen Kreise der Rheinprovinz, vom 19. Juni 1876 für Schlesien, die Grafschaft Glatz, die Oberlausitz, vom 16. März 1877

falls der Besitzer in bestimmten Zeitpunkten lehnsfähige Descendenz hat, so daß die Aussicht anderer Anwärter auf Lehnsfolge nur als eine entfernte erscheint. Das Lehen erlischt hiernach, wenn der Besitzer bei Ablauf der den Lehnsanwärtern vom Gesetze zur Meldung gesetzten Frist lehnsfähige Descendenz besitzt, oder solche bis zum 302. Tage seit Ablauf der Frist gewinnt oder sie später gewinnt und von ihr überlebt wird, ferner in Ermangelung dessen, wenn ein später eintretender Lehnsfolger beim Anfall des Lehens solche Descendenz hat, oder später gewinnt und von ihr überlebt wird. An Stelle der Lehnseigenschaft tritt zu Gunsten der Anwärter eine Abfindung,[9] falls der Lehnsbesitzer nicht binnen gesetzlicher Frist in bindender Weise die Umwandlung des Lehnsgutes in ein Fideikommiß zu Gunsten der Anwärter beim Lehnshof erklärt, so daß er selber in die Stelle des ersten Fideikommißbesitzers tritt.

Die Umwandlung des Lehens in ein Fideikommiß ist erleichtert, insbesondere sind die Stempelgebühren zu der Fideikommißurkunde, soweit das Fideikommiß aus Lehngütern oder Lehnkapitalien errichtet wird, ermäßigt.

II. Das Familienfideikommiß.[1]

§ 374. Einleitung.

1. Dem deutschen Rechte war das Bestreben eigenthümlich, die Erhaltung des Grundeigenthums in derselben Familie rechtlich zu sichern. Insbesondere stellte der Sachsenspiegel[2] den Satz auf, daß die Grundeigenthümer, von Fällen ächter Noth abgesehen, zur Veräußerung ihrer Grundstücke der Zustimmung des nächsten Erben bedürften, wodurch in Verbindung mit der Unzulässigkeit letztwilliger Verfügungen, welche älterem deutschen Rechte eigen war, das Grundstück der Regel nach der Familie gesichert blieb.

Eine solche allgemeine Gebundenheit des Grundbesitzes wurde mit dem Ausgange des Mittelalters unhaltbar; dagegen versuchten einzelne, ins-

für Ostpreußen, vom 28. März 1877 für die Provinzen Sachsen und Brandenburg, abgesehen von den Marken, ferner Gesetz vom 20. April 1883 betr. die Verlängerung der Frist des Gesetzes vom 28. März 1877 um fernere zwei Jahre.

9) Diese Abfindung hat dingliche Natur, so daß sie auf dem Lehngut selbst lastet und auch dritte Erwerber desselben, vorausgesetzt, daß die Lehnseigenschaft eingetragen ist, verbindet. Die Gründe dieser Auffassung sind die oben § 187 unter 2 entwickelten. So auch Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 105 ff.

1) Die Lehre des Familienfideikommisses begründete Knipschildt de fideicommissis familiarum nobilium 1654, auf Grund einer früheren Arbeit von 1626. Vgl. ferner Lewis das Recht des Familienfideikommisses, Berlin 1862. Die für die älteren Familienfideikommisse noch jetzt wichtige geschichtliche Entwickelung hat in verdienstvoller Weise Pfaff und Hofmann Exkurse zum Kommentar über das Ö. b. G. Bd. 2 S. 163 erörtert. Vgl. auch Rosin zum Recht der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen in Iherings Jahrb. Bd. 32 N. 7 — während des Drucks dieser Bogen erschienen. Ueber die Verschiedenheit „des hochadligen Hausgutes“ und der Familienfideikommisse siehe dort S. 341.

2) Sachsenspiegel I, 52 § 1.

besondere adelige Grundbesitzer, durch ihre autonome Verfügungen ihre Besitzungen dauernd an ihre Familien zu fesseln. Unter Benutzung des römischen Familienfideikommisses[3] und unter Einwirkung des in Spanien entwickelten Rechtes der Majorate bildete sich zu jenem Zwecke das deutsche Familienfideikommiß.

Zwei Rechtsgedanken waren hierbei bestimmend, nämlich einmal das Fideikommiß zum unveräußerlichen Familiengute zu machen, und zweitens die Nachfolge in dasselbe unmittelbar auf die Verfügung des Stifters bei der Stiftung — „ex pacto et providentia majorum“ — zurückzuführen. Beide Gedanken, welche schon beim Lehen aufgetaucht waren, wurden beim Familienfideikommiß weit schärfer durchgeführt als beim Lehen.[4]

Die volkswirthschaftliche Entwickelung der neueren Zeit war den Familienfideikommissen wenig günstig.[5] Denn die Bewirthschaftung der Grundstücke erheischt jetzt in gesteigertem Maße flüssige Betriebsmittel, welche das Fideikommiß dem Fideikommißfolger häufig nicht gewähren kann. Den hieraus sich ergebenden Mißständen suchten Specialgesetze, insbesondere das Gesetz vom 15. Februar 1840, zu steuern, durch welche man dem Institute etwas größere Beweglichkeit gab. Weiter ging die Bewegung des Jahres 1848. Die Verfassungsurkunde[6] untersagte die Errichtung von Familienfideikommissen für die Zukunft und stellte die gesetzliche Umwandlung der bestehenden in freies Eigenthum in Aussicht. Beide Bestimmungen der Verfassungsurkunde hat indessen das Gesetz vom 5. Juni 1852 aufgehoben.

2. Die rechtliche Natur der Familienfideikommisse ist seit Alters streitig. Frühere Juristen stritten darüber, ob der Fideikommißbesitzer als bloßer Nießbraucher, oder als Eigenthümer anzusehen sei.[7] In der Mitte des vorigen Jahrhunderts nahm man aber den Gedanken des getheilten Eigenthums zu Hülfe[8] und schrieb dem Fideikommißinhaber das nutzbare Eigenthum, der gesammten Familie, welche man dabei als juristische Person auffaßte, das Obereigenthum zu. Diese Rechtsgestaltung wurde vom allge-

3) Vgl. über dasselbe Dernburg Pand. Bd. 3 § 115.

4) Vgl. oben § 370, unten § 379 Anm. 1. In den älteren Familienfideikommissen des deutschen Adels, z. B. denjenigen der Grafen Henckel, haben diese Gedanken noch nicht die stramme Durchbildung, welche sie später erfuhren.

5) Die französische Gesetzgebung hatte in den Landestheilen, welche der Fremdherrschaft unterworfen waren, die Familienfideikommisse theils aufgehoben, theils der Aufhebung entgegengeführt. Die preußische Gesetzgebung stellte jedoch die Fideikommisse, soweit nicht in der Zwischenzeit erworbene Rechte entgegenstanden, wieder her.

6) Schon die oktroyirte Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 38, dann die vereinbarte vom 31. Januar 1850 Art. 40.

7) Vgl. Knipschildt de fideicommissis familiar. X n. 11, Lewis S. 180 ff.

8) Hellfeld de fideicommissis familiarum p. 54.

meinen Landrechte wie von anderen Gesetzgebungen angenommen, welche in dem Ideenkreise des vorigen Jahrhunderts wurzeln.[9]

Immerhin erscheint der einzelne Fideikommißanwärter als auf eine ihm noch fremde Sache dinglich berechtigt. So behandelt das Grundbuchrecht die Sache, da es den Fideikommißbesitzer auf das Eigenthumsblatt, die Anwärter in die zweite Abtheilung des Grundbuchblattes unter die dinglichen Rechte an fremder Sache verweist.[10]

Die Rechte der Fideikommißanwärter sind selbständige, ihnen für ihre Person zuständige. Allein sie haben dieselben doch nur als Glieder der Familie zum Zweck der Erhaltung derselben in ihrer socialen und staatlichen Stellung. Daher unterliegen jene Rechte Beschlüssen der Familie, welche hierbei als eine juristische Person gilt.[11]

3. Mit dem Familienfideikommiß verwandt ist die Familienstiftung.[12] Die wesentlichste Verschiedenheit liegt darin, daß die jeweiligen Bezüge der Einkünfte der Familienstiftung kein dingliches Recht, sondern bloß obligatorische Ansprüche auf den Bezug der Stiftungseinkünfte bilden. Als Eigenthümer des Stiftungsvermögens gilt dem Landrechte die Familie als juristische Person.

§ 375. Die Errichtung des Familienfideikommisses.

1. Zur Errichtung eines Familienfideikommisses ist wie nach gemeinem Rechte Jeder, auch der Nichtadlige, befugt.[1] Erforderlich ist nur Handlungs- und Verfügungsfähigkeit des Stifters.[2] Die Fideikommißstiftung kann zu Gunsten der eigenen, aber auch einer fremden, einer nichtadligen, wie adligen Familie geschehen.

2. Geeignete Fideikommißgegenstände sind nach Landrecht nur dem Ackerbau und der Viehzucht gewidmete Grundstücke,[3] — also nicht

8) L. R. II, 4 §§ 72. 73. Vgl. Cod. Max. bav. III cap. 10 § 13 n. 1. Kreittmayer hierzu. Oestr. a. b. G. § 629.

9) G. B. O. § 52. Die Eintragung erfolgt auf Grund einer Bescheinigung der Fideikommißbehörde.

10) L. R. II, 4 § 73.

11) L. R. II, 4 § 21 ff. Vgl. namentlich Paul Hinschius zur Lehre von den Familienstiftungen in der Preuß. Anwaltszeitung 1866 n. 2. n. 6. n. 23.

1) Vgl. L. R. II, 4 § 47. Die Bestimmung von L. R. II, 9 § 40 ist in Folge des Ediktes vom 9. Oktober 1807 § 1 hinweggefallen.

2) Einen Unterschied kann machen, ob es sich um eine letztwillige Disposition handelt, die z. B. ein Minderjähriger ohne vormundschaftliche Genehmigung errichten kann, oder um eine unter Lebenden getroffene Fideikommißerrichtung, welche selbst durch Genehmigung des Vormundes keine Geltung erlangen kann. Dernburg Vormundschaftsrecht § 67 unter 1. Bei der Umwandlung der Lehen ruht daher während der Minderjährigkeit des Lehnsbesitzers dessen Erklärungspflicht.

3) L. R. II, 4 § 48. L. R. II, 4 § 50 ist antiquirt.

Häuser, Waldungen, — außerdem Geldkapitalien.[4] Auch ist ein bestimmter Mindestertrag des Grundstückes erfordert, nämlich nach Abzug der Schulden und Lasten mindestens 7500 Mark für das Jahr. Doch kann das Weniger durch ein untrennbar verbundenes Geldkapital ergänzt werden.[5] Ein Geldfideikommiß muß mindestens in 30 000 Mark Kapital bestehen. Die Hälfte der gesetzlichen Mindesteinkommen muß der freien Verfügung des Fideikommißbesitzers überlassen sein. Als Zubehör können dem Fideikommiß Gegenstände anderer Art zugeschlagen werden.[6] Ob solche Zubehörstücke unveräußerlich sind, oder ob der Fideikommißfolger nur ein Recht auf Stücke gleicher Art hat, ergiebt deren wirthschaftliche Bestimmung und die vorzugsweise hieraus zu entnehmende Absicht des Stifters.[7] Was dem Verkaufe bestimmt ist oder sich nicht dauernd zu erhalten pflegt, ist in Stücken gleicher Art und Güte zurückzugewähren.

3. Die Errichtung des Fideikommisses kann durch Vertrag geschehen und bedarf dann der Annahme des Begünstigten. Es genügt aber auch eine einseitige Erklärung des Stifters unter Lebenden oder von Todeswegen, welche letztere die Formen letztwilliger Verfügungen an sich tragen muß.[8] Außerdem bedarf die Urkunde über die Errichtung der Verlautbarung und Bestätigung durch das Fideikommißgericht, — früher das Appellationsgericht, jetzt das Oberlandesgericht, des persönlichen Richters des Stifters.[9]

Die Bestätigung erfolgt nach vorgängiger Prüfung der Rechtsbeständigkeit des Fideikommisses und seiner Bestimmungen, sowie nach Entfernung etwaiger Unklarheiten. Das Gesuch der Verlautbarung ist durch den Stifter, nach dessen Tode durch diejenigen Personen, welche den Willen des Testators auszuführen haben, oder auch durch den Familienvorsteher zu stellen.[10] Anstatt

---

4) L. R. II, 4 § 59.

5) L. R. II, 4 § 51 ff. Bei der Verwandlung der Lehen in Fideikommisse nach den Lehnsauflösungsgesetzen — oben § 373 bei Ziff. 3 — genügen 6000 Mark.

6) Z. B. Häuser, Mobilien, Kostbarkeiten, L. R. II, 4 §§ 60. 61.

7) Eine Bibliothek, eine Gemäldesammlung, welche dem Fideikommißgute zugeschlagen ist, wird unveräußerlich sein, nicht so das landwirthschaftliche Inventar des Grundstückes. Vgl. übrigens Lewis a. a. O. S. 206.

8) L. R. II, 4 § 28, auf welchen § 62 verweist; zu eng ist L. R. II, 4 § 47. Geschah die Fideikommißstiftung von Todeswegen, so vollendet sie sich regelmäßig erst mit dem Tode des Stifters und ist bis dahin widerruflich. Geschah sie durch einseitige Erklärung unter Lebenden, so ist sie mit ihrer Verlautbarung und Bestätigung dem Willen des Stifters entzogen und unabänderlich, soweit sich der Stifter nicht in der Stiftungsurkunde Aenderungen vorbehielt. Vgl. Hinschius Preuß. Anwaltszeitung 1866 S. 433.

9) Dies ist in einem aus dem Justizministerium stammenden Aufsatz bei Gruchot Bd. 33 S. 850 dargethan, anders unsere früheren Auflagen. Vgl. L. R. II, 4 §§ 62 ff. 29. A. G. O. II, 1 § 6. Gesetz vom 5. März 1855 §§ 1. 3. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 49. — Aufsichts- und Beschwerdeinstanz ist der Justizminister, § 4 des Ges. von 1855.

10) L. R. II, 4 § 30. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 52 S. 355 ff.

der richterlichen Bestätigung wird bei Fideikommissen mit einem **Reinertrage** von mehr als 30000 Mark **königliche Genehmigung** erfordert.[11] [12]

§ 376. **Die Fideikommißbehörde, die Familienvertretung.**

I. Die Familienfideikommisse haben außer ihrer privaten eine politische Bedeutung, da sie vorzugsweise zur Erhaltung des grundbesitzenden Adels beitragen; daher läßt ihnen der Staat besondere Fürsorge angedeihen.

Hieraus erklärt sich, daß die **Oberlandesgerichte** als **Fideikommißbehörden** zu ihrem Schutze berufen sind. Die Fideikommißbehörde hat für die Eintragung der Fideikommißeigenschaft im Grundbuche von Amtswegen Sorge zu tragen,[1] worauf es den einzelnen Anwärtern freisteht, in ihrem Interesse ihre eigene Eintragung zu erwirken.[2] Die Behörde sorgt ferner nach Errichtung des Fideikommisses für die Aufnahme eines Verzeichnisses der Zubehör- und Beilaßstücke unter Zuziehung des Fideikommißbesitzers.[3] Ihr liegt Mitwirkung bei den Familienschlüssen ob,[4] sie hat endlich im Bedürfnißfalle für die unbekannten Anwärter einen Pfleger zu bestellen.[5]

---

11) L. R. II, 4 § 56. Königliche Genehmigung ist auch erforderlich, wenn ein bereits bestehendes Fideikommiß durch Nachstiftung auf einen jährlichen Reinertrag von mehr als 30,000 Mark gebracht werden soll, § 57 a. a. O. Bei **Umwandlung der Lehen** — oben § 573 z. E. — wird sie nicht verlangt.

12) Bestätigung und Genehmigung bekräftigen den Stiftungsakt von seiner Errichtung an — ex tunc. Vgl. L. R. II, 4 § 32. „So lange die Stiftungsurkunde nicht gerichtlich verlautbar worden, soll keine Klage daraus angenommen werden", und § 62 a. a. O. Es ergiebt sich hieraus, daß der Gesetzgeber vorher das Fideikommiß an sich für bestehend und nur für wirkungslos erachtet. In ähnlicher Weise wirkt die Genehmigung von Zuwendungen an juristische Personen nach dem Gesetze vom 23. Februar 1870 § 3 rückwärts. Vgl. oben § 102 bei Anm. 7 und 6.

1) G. B. O. § 74. Auch bei der Löschung hat die Fideikommißbehörde mitzuwirken, vgl. G. B. O. § 99.

2) L. R. II, 4 § 65, oben § 375 bei Anm. 9.

3) Vgl. L. R. II, § 71. Die Bestimmung ist eine zwingende; der Stifter kann daher die Inventarisirung nicht durch Verbot ausschließen. Das Gericht muß die Anwärter nicht zuziehen; die bekannten Anwärter monitorisch zu laden, wird aber zweckmäßig sein. Das Inventar ist bei den Grundakten aufzubewahren.

4) Vgl. unten bei Anm. 6 und 7.

5) Die Gesetze erwähnen nur zwei besondere Fälle solcher Pflegschaft. Der eine findet sich bei Aufnahme eines nothwendigen Darlehns, wenn die Anwärter, deren Zustimmung erforderlich wäre, unbekannt sind, L. R. II, 4 § 95; der andere Fall ist dann gegeben, wenn bei der Auseinandersetzung von Fideikommiß und Allod die Legitimation der Prätendenten des Fideikommisses zweifelhaft ist. A. G. O. I, 46 § 30 Abs. 2. Das Obertribunal ließ die Bestellung von Kuratoren für die unbekannten Fideikommißanwärter allgemein zu, Entsch. Bd. 45 S. 233 ff., so auch R. G. Bd. 19 S. 305. A. Ansicht Koch zu L. R. II, 4 § 95, Eccius Bd. 4 § 242 Anm. 32. Die Bestellung hat durch die Fideikommißbehörde zu geschehen, R. G. Bd. 19 S. 308.

II. Die Familie hat die oberste Gewalt über die Familienstiftung. In Folge dessen steht ihr eine die Starrheit des Institutes mäßigende, der Anpassung an die Bedürfnisse der Gegenwart bestimmte Einwirkung zu.

1. Unbeschränkte Macht über das Fideikommiß hat der Familienschluß.[6] [7] Derselbe kann wesentliche Bestimmungen der Stiftung, ja die Letztere aufheben, demnach auch abändern, ergänzen und erklären, insbesondere Veräußerungen und Belastungen jeder Art mit unanfechtbarer Kraft bekleiden. Der Beschluß muß einstimmig Seitens aller theilnehmenden Anwärter gefaßt sein nach vorgängiger gehöriger Ladung aller Berechtigten. Hierbei werden aber nicht nur die im Grundbuche Eingetragenen und die von diesen Anerkannten berücksichtigt, vielmehr bedarf es öffentlicher Ladung und Ausschließung unbekannter Interessenten, wenn thatsächliche Vermuthungen für deren Vorhandensein bestehen. Berechtigte, welche sich nach gehöriger Ladung und Zustellung des Entwurfes des Familienschlusses nicht erklären, gelten als zustimmend. Werden innerhalb 302 Tagen, nachdem ein Betheiligter seine Erklärung abgab, demselben Nachkömmlinge geboren, welche eine Anwartschaft auf das Fideikommiß haben, so ist die Geltung des Familienschlusses von der Zustimmung des dem Nachkömmlinge zu gebenden Pflegers abhängig. Nothwendig ist Aufnahme, Bestätigung und Ausfertigung des Beschlusses Seitens der Fideikommißbehörde.

2. Zu gewissen Verfügungen über das Fideikommiß genügt die Zustimmung — Konsens — von 2 Anwärtern, welche dabei die Familie vertreten. Es sind dies der Regel nach die zwei nächsten Seitenverwandten; wenn aber die berufene Familie aus mehreren Linien besteht, der nächste Anwärter aus der besitzenden und der Aelteste aus der ihr nächsten Linie.[8] Insbesondere sind die Anwärter zuzuziehen a) bei Aufnahme nothwendiger Darlehen, Ausleihung und Einziehung von Fideikommißkapitalien, b) bei Umtausch einzelner Gutsbestandtheile und bei Veräußerungen zum Zwecke der Einverleibung anderer.

Der Anwärter, welcher über Vorschläge des Fideikommißbesitzers, zu welchen seine Zustimmung erforderlich ist, keine oder keine bestimmte Erklärung abgiebt, ist von der Fideikommißbehörde zu deren Abgabe unter dem Rechtsnachtheil vorzuladen, daß er im Falle der nicht gehörigen Erklärung als zustimmend angesehen wird. Widerspricht er den Vorschlägen, so ent-

---

6) Dies seit dem Edikt vom 9. Oktober 1807 § 9.

7) Ueber das folgende siehe Gesetz vom 15. Februar 1840 über Familienschlüsse.

8) L. R. II, 4 § 87 ff. Sind keine Anwärter außer den Kindern des Fideikommißbesitzers vorhanden, so sind dieselben zuzuziehen. Ist nur ein Anwärter vorhanden, so genügt dessen Zustimmung.

scheidet über deren Zweckmäßigkeit in den unter a) genannten Fällen ein Schiedsgericht.[9 10]

§ 377. Rechtsstellung des Fideikommißbesitzers.

1. Der Fideikommißbesitzer hat nicht bloß diejenigen Rechte, welche ihm in der Stiftungsurkunde besonders zugestanden werden, er ist vielmehr als Eigenthümer zu Allem befugt, worin ihm nicht die Rechte der Anwärter entgegenstehen.[1] Ihm gebührt daher unter Anderem die auf den Grundeigenthümer entfallende Hälfte des im Fideikommißgrundstücke gefundenen Schatzes;[2] er übt die an das Gut geknüpften Ehrenrechte, z. B. das Patronat.[3] Der Fideikommißbesitzer ist ferner zu allen Klagen aktiv und passiv legitimirt, welche die Substanz des Grundstückes betreffen.[4] Damit jedoch die Fideikommißfolger an das rechtskräftige Erkenntniß gebunden seien, bedarf es, was beim Lehen nicht erforderlich ist, der Zuziehung der nächsten die Familie vertretenen zwei Anwärter.[5] Deren Zustimmung ist auch zu einem Vergleich nöthig, welcher die Familie binden soll.[6 7]

2. Geldfideikommisse werden ähnlich wie der Nießbrauch an Kapitalien behandelt. Der Fideikommißbesitzer hat daher nur ein Recht auf die Zinsen. Verfügung über das Kapital steht ihm nicht zu. Ist dessen anderweite Belegung nothwendig, so geschieht die Einziehung und Ausleihung unter Zuziehung der 2 Anwärter und Aufsicht der Fideikommißbehörde. Der Schuldner kann, wenn er die Eigenschaft des Fideikommißkapitals kennt oder kennen muß, nur an die öffentliche Hinterlegungsstelle oder auf richterlichen Befehl zahlen. Andere Verwendungen des Geldfideikommisses als Neuausleihungen fordern einen Familienschluß.[8]

---

9) Vgl. Gesetz vom 15. Februar 1840 § 15 ff.

10) Der Stifter kann seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 15. Februar 1840 durch die Stiftungsurkunde weder die Geltung künftiger Familienschlüsse, noch die gesetzlichen Bestimmungen über nothwendige Darlehen außer Kraft setzen, denn dieselben sind im allgemeinen Interesse. Vgl. übrigens Entsch. des Kamm. Ger. Bd. 8 S. 250.

1) L. R. II, 4 § 74. R. G. Bd. 28 S. 230.

2) L. R. I, 9 § 95. Auch ältere Schriftsteller nahmen dies an, z. B. Knipschildt X n. 26 ff. Vgl. Lewis a. a. O. S. 193.

3) Lewis S. 198.

4) A. G. O. I, 1 § 30. Striethorst Archiv Bd. 26 S. 75 ff. Vgl. R. G. im J. Min. Bl. 1891 S. 237.

5) Vgl. L. R. II, 4 § 117 ff.

6) L. R. II, 4 § 119. So auch ältere Juristen, zum Theil mit Beziehung auf II feud. 26 § 23. Eines Familienbeschlusses bedarf es also zur Geltung des Vergleiches nicht.

7) Daß der Fideikommißbesitzer den Anwärtern für Verschuldung hafte, spricht das Landrecht nicht besonders aus. Gemeinrechtliche Schriftsteller nehmen dies an. Vgl. Lewis S. 209.

8) L. R. II, 4 § 133 ff. Gesetz vom 15. Februar 1840 § 15 Ziff. 5.

§ 378. Veräußerung des Fideikommisses, Belastung mit Schulden.

1. Dem Fideikommißbesitzer fehlt das Recht zur Veräußerung der Substanz des Fideikommisses. Er ist daher, wenn die Fideikommißeigenschaft eines Grundstücks eingetragen ist, nicht im Stande, eine Auflassung des Ganzen oder eines Theiles desselben vorzunehmen, so lange er nicht durch Familienschluß, oder in geeigneten Fällen durch Zustimmung der Anwärter, oder bei Bestandtheilen geringeren Werthes durch die Auseinandersetzungsbehörde legitimirt ist. Gleiches gilt von allen anderen Verfügungen, welche die Substanz belasten.[1] Der Fideikommißbesitzer kann nur über die Einkünfte des Fideikommisses für die Dauer seines Besitzes verfügen, insbesondere dieselben verpfänden.[2] Hätte er das Fideikommißgut einem Dritten gleichwohl veräußert und übergeben, so stünde diesem zwar eine Einrede gegen die etwaige Vindikation seines Rechtsvorfahrs zu, gegen Fideikommißfolger aber ist er nicht geschützt. Die Nachfolger in das Fideikommiß haben mit dem Anfalle eine Revokationsklage, welche im Grunde als Eigenthumsklage anzusehen ist, und zwar, ohne daß der Besitzer Ersatz des redlicherweise für den Erwerb Geleisteten fordern kann.[3] Auch die Abkömmlinge des Veräußerers haben diese Klage unbedingt.[4] Dieselbe steht den Fideikommißfolgern auch zu, wenn sie Allodialerben ihres Rechtsvorfahrs geworden sind.[5]

Die Fideikommißeigenschaft hindert nur freiwillige Veräußerungen, nicht Enteignungen, insbesondere nicht Veränderungen, welche die Folge von Ge-

1) Das Edikt vom 9. Oktober 1807 § 5 bestimmte, daß es den Lehns- und Fideikommißbesitzern freistehen solle, ohne Einwilligung der Lehns- und Fideikommißfolger Pertinenzen und Vorwerksland zu vererbpachten, wenn nur das Erbstandsgeld in das Lehn oder Fideikommiß verwendet werde. Fraglich war die Tragweite dieser Bestimmung, insbesondere ob hiernach Gegenstände jeder Art, oder ob nur landwirthschaftliche Grundstücke und solche, die zu dem Hauptgute ursprünglich nicht gehörten, vererbpachtet werden konnten. Das Letztere ist das Richtige, so daß z. B. solche Waldungen, die von jeher zur Substanz gehörten, nicht durch das Edikt getroffen wurden. Die Vorschrift des Ediktes wurde suspendirt durch die Kabinetsordre vom 28. Juli 1842 und gegenstandslos, nachdem die Erbverpachtung durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 unzulässig wurde; sie hat also nur noch historische Bedeutung.

2) Nach dem Tode des Fideikommißbesitzers kann die Löschung auf Grund des Antrags des Fideikommißfolgers gemäß G. B. O. § 102 erfolgen, vgl. oben § 276 bei Anm. 4 und 5. Andere Ansicht bei Johow Bd. 6 S. 198.

3) L. R. II, 4 § 79. Auch vor dem Anfall kann den Anwärtern eine Anfechtung nicht versagt werden, wenn ohne solche die Substanz des Fideikommisses gefährdet wäre, R. G. Bd. 30 S. 389, Rosin a. a. O. S. 434.

4) Ueber die Verhältnisse beim Lehen siehe oben § 370.

5) Gemeinrechtlich ist sehr bestritten, ob die Allodialerben des veräußernden Vorbesitzers dessen Veräußerungen von Fideikommißgut anfechten dürfen. Vgl. Rosin a. a. O. S. 438. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß der Allodialerbe auch solche Rechtsakte des Erblassers vertreten müsse. Anders das Landrecht II, 4 § 79. Vgl. Suarez in den Anm. zum § 119 Th. I Abth. 1 S. 279 des gedruckten Entwurfes des Gesetzbuches.

meinheitstheilungen und Ablösungen sind.[6] Auch erwirbt im Falle der Nichteintragung der Fideikommißeigenschaft der redliche Dritte in Gemäßheit des Glaubens des Grundbuches das Eigenthum frei von der Beschränkung des Fideikommisses, wenn ihm das Fideikommißgrundstück aufgelassen wird.[7] Zu Gunsten Dritter eingetragene dingliche Rechte werden unter gleicher Voraussetzung unanfechtbar.

Bestritten ist die Zulassung einer Ersitzung am Fideikommißgute wie am Lehen. Schlechthin ist sie ausgeschlossen, wenn sie im Widerspruche mit der Eintragung der Fideikommißeigenschaft im Grundbuche steht. Ein solcher Widerspruch liegt aber nicht in der Geltendmachung von Grundgerechtigkeiten am Fideikommißgute. Besonders zweifelhaft ist ferner, ob die Verjährung, welche gegen den Fideikommißbesitzer begann und sich gegen ihn vollendete, die Anwärter bindet, welche später zur Nachfolge gelangen? Die Konsequenz des preußischen Rechtes spricht hiergegen, da die Klagrechte der Anwärter erst mit der Succession entstehen. Die Praxis suchte sich der harten Folge möglichst zu entziehen.[8]

2. An sich ist der Fideikommißbesitzer nicht befugt, das Fideikommiß mit Schulden zu belasten.[9] Das Fideikommiß kann nur in folgenden Fällen wegen Schulden in Anspruch genommen werden.

a) Die Substanz ist haftbar für Schulden, welche vom Stifter herrühren. Dies gilt namentlich von solchen, die zur Zeit der Stiftung bestanden und aus dem übrigen Vermögen des Stifters nicht tilgbar sind,[10] ferner von denjenigen, welche der Stifter dem Fideikommiß bei dessen Errichtung auflegte. Wegen solcher Schulden ist die Zwangsversteigerung des Grundstückes möglich.[11]

b) Der Fideikommißbesitzer kann die Einkünfte des Fideikommisses über seine Besitzzeit hinaus mit Schulden beschweren, wenn dieselben

---

6) Vgl. G. B. O. § 71.

7) Vgl. oben § 275 bei Anm. 16 bis 18 und Anm. 18.

8) L. R. II, 4 § 122. Rathmann bei Gruchot Bd. 14 S. 71 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 62 S. 44, vgl. auch Bd. 74 S. 228. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 882. R. G. Bd. 2 S. 218, Bd. 6 S. 271. Vgl. aber R. G. Bd. 19 S. 266, Bd. 21 S. 304.

9) Vgl. Gerber zur Lehre von den Lehns- und Fideikommißschulden in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 11 S. 183 ff.

10) L. R. II, 4 § 104. Schulden, welche der Fideikommißstifter nach der Fideikommißstiftung machte, lasten auf dem Fideikommiß auch dann nicht, wenn der Stifter überschuldet ist. Denn es haben nun die Fideikommißfolger Rechte erworben, die ihnen der Stifter weder direkt noch mittelbar entziehen kann. Vgl. R. G. Bd. 22 S. 351.

11) Der Fideikommißbesitzer tritt durch die Abzahlung des Substanzgläubigers an dessen Stelle. L. R. II, 4 § 106. I, 18 § 592 ff.

zu nothwendigen Verwendungen erfordert sind. Die Aufnahme solcher Darlehen bedarf der Zustimmung der 2 nächsten Anwärter. Es sind Termine für die Rückzahlung festzusetzen, zu welcher der vierte Theil des jährlichen Reinertrages des Fideikommisses zu verwenden ist. Die Regulirung dieses Geschäftes geschieht unter gerichtlicher Mitwirkung.[12] [13]

§ 379. Die Nachfolge in das Fideikommiß.

1. Mit dem Wegfall des bisherigen Fideikommißbesitzers tritt eine Gesammtnachfolge in das Sondervermögen des Fideikommisses auf Grund des Willens des Stifters ein.[1] Fortan werden auch die Fideikommißschulden für den Rechtsnachfolger verbindlich, jedoch haftet er nur mit dem Fideikommiß, so daß es des Vorbehaltes der Wohlthat des Inventares nicht bedarf. Ob der Fideikommißfolger auch zur Allodialerbschaft seines Vorfahres berufen ist, oder ob er diese ausgeschlagen hat, kommt für das Fideikommiß nicht in Betracht.[2] Die Trennung des Fideikommisses und des Allodialvermögens geschieht im Ganzen nach denselben Grundsätzen wie die Lehnssonderung.[3]

2. Ueber die Nachfolgefähigkeit entscheidet der besondere Inhalt der Stiftung. In der Regel sind nur Angehörige der Familie, und nur Männer nachfolgefähig.[4] [5] Verlust der bürgerlichen Ehre ist an und für sich kein Ausschließungsgrund.

---

12) L. R. II, 4 § 80 ff. War Gefahr im Verzuge und hat der Fideikommißbesitzer aus seinen Mitteln die Verwendung gemacht, zugleich aber den Konsens zur Aufnahme eines Darlehns nachgesucht, so muß der Nachfolger das Darlehn anerkennen. L. R. II, 4 § 220.

13) Nach L. R. II, 4 § 102 war der Richter der Sache zuständig. Daß die Zuständigkeit durch das Gesetz vom 5. März 1855 auch in dieser Hinsicht auf das Appellationsgericht — jetzt Oberlandesgericht — überging, nimmt R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 400 an, bestreitet aber aus gewichtigen Gründen Zelter die Errichtung von Revenüenhypotheken 1893. Jedenfalls ist es höchst bedenklich, die Gültigkeit des Geschäfts von der Zuständigkeit des geschäftsleitenden Richters abhängig zu machen.

1) Knipschildt l. c. VIII. n. 18: „haec bona jure singulari et ex dispositione primi instituentis ad successores pertinent.“ Rosin a. a. O. S. 355. Der Verzicht eines Anwärters auf das Successionsrecht steht den nachgeborenen successionsfähigen Kindern des Verzichtenden nicht entgegen, vgl. Entsch. des R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1040.

2) Die Frage, wer nächster Fideikommißnachfolger sei, bemißt sich nach dem Augenblicke des Todes des letzten Vorfahrs oder seines sonstigen Wegfalles, L. R. II, 4 § 203. Die nascituri, d. h. innerhalb 302 Tagen Geborenen, seit dem Tode des Vormannes Geborene, werden jedoch berücksichtigt wie bereits Geborene, § 205 das.

3) Vgl. oben § 372.

4) Dahin gehören nicht bloß eheliche Nachkommen des Stifters, sondern auch durch nachfolgende Ehe legitimirte und damit in die Familie eingetretene, vgl. L. R. II, 2 § 598 und dazu §§ 603 und 604, siehe auch L. R. I, 18 § 361, R. G.

3. Die Feststellung der Nachfolgeordnung in das Fideikommiß ist Sache des Stifters.[6] In früherer Zeit waren Seniorate besonders häufig, bei welchen der Aelteste der zum Fideikommiß berufenen Familie ohne Rücksicht auf die Linie und die Nähe des Grades zur Nachfolge gelangt. Indessen ist gerade diese Form der Bewirthschaftung des Fideikommißgutes unzuträglich, da nach ihr der Besitzer das Fideikommiß regelmäßig nur kurze Zeit genießt und ihm bei der Aussicht, daß das Gut auf den ältesten Familiengenossen übergehen wird, welcher ihm leicht fern stehen kann, der Sporn zu Verbesserungen fehlt. Daher untersagt das Landrecht für die nach seinem Inkrafttreten an Grundstücken errichteten Familienfideikommisse die Seniorate.[7] Weniger bedenklich ist das Majorat, bei welchem in erster Reihe die Nähe des Grades der Verwandtschaft mit dem Vorbesitzer in Betracht kommt und nur unter gleich nahen Verwandten das Alter entscheidet.[8] Auch das Minorat kommt vor, bei welchem unter den gleich nahen Verwandten der Jüngere den Vorzug hat.[9] Am entsprechendsten dem Geiste des Institutes ist die Primogenitur, bei welcher die Linie des Erstgeborenen und in dieser Linie stets wieder der Erstgeborene berufen wird.[10]

4. Ist ein besonderes Fideikommiß für die jüngere Linie gestiftet — Sekundogenitur —, so geht dasselbe nach deren Erlöschen auf die nächstjüngere über,[11] da die Absicht des Stifters bei der Sekundogenitur Erhaltung mehrerer Linien in standesgemäßem Glanze war. Fällt das Hauptfideikommiß nach Aussterben der ersten Linie an die bisher zweite, so steht dem Besitzer hiernach nur die Wahl offen, welches der Fideikommisse er behalten will.[12] Ist eine nächstjüngere Linie nicht vorhanden, so bleiben beide Fideikommisse so lange in einer Hand, bis wieder eine jüngere Linie entsteht.

Bd. 30 S. 144. Dagegen gelten durch Reskript Legitimirte, und Adoptirte nicht als „Familienglieder“ sind daher nicht zur Nachfolge berechtigt. L. R. II, 2 §§ 604. 708.

5) Vgl. L. R. II, 4 § 189. Sind nach dem Aussterben des Mannesstammes Weiber berufen, so folgt auch hier regelmäßig die Erbtochter und deren männliche Nachkommen, nicht die sogenannte Regredienterbin. L. R. II, 4 § 191. Vgl. oben § 368 Anm. 15.

6) Fehlt es an einer Successionsordnung, so tritt die gemeine gesetzliche Successionsordnung ein, vgl. Striethorst Archiv Bd. 90 S. 1 ff. — Eccius Bd. 4 § 242 Anm. 81 hält ein Fideikommiß ohne besondere Successionsordnung für nichtig, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1012.

7) L. R. II, 4 § 140. Ueber den älteren Brauch siehe Lewis a. a. O. S. 367.

8) L. R. II, 4 § 145.

9) Vgl. L. R. II, 4 § 146.

10) L. R. II, 4 §§ 147. 153. Gemeinrechtliche Schriftsteller nehmen eine Vermuthung zu Gunsten dieser Nachfolgeordnung an, weil dieselbe die dem Familienfideikommiß gemäßeste ist.

11) L. R. II, 4 § 166.

12) L. R. II, 4 § 178. Ueber mehrere Fideikommisse für dieselbe Familie, welche von verschiedenen Stiftern herrühren, vgl. L. R. II, 4 § 179 ff. Lewis S. 390 ff.

III. Das Vorkaufsrecht.

§ 380. Das Vorkaufsrecht als solches.[1]

Das Landrecht stellt Vorkaufsrecht und Näherrecht zusammen[2] und gestaltet dementsprechend das Vorkaufsrecht nach deutschrechtlichen Anschauungen, indem es dasselbe an die älteren deutschen Näherrechte anlehnt.[3]

Das Vorkaufsrecht, d. h. die Befugniß in den vom Eigenthümer mit einem Dritten inskünftige abgeschlossenen Kauf einzutreten, ist hiernach gewöhnlich dinglicher Natur, gewährt also einen Anspruch auf Uebereignung, unter Angebot der Kaufsumme, gegenüber dem Erwerber der mit dem Vorkaufsrechte belasteten Sache.

1. Für die Grundauffassung des älteren deutschen Rechtes sind die gesetzlichen Näherrechte bezeichnend. Denn ihm gelten Grundstücke regelmäßig nicht als Gegenstände des freien Verkehrs, vielmehr gewissen Personen oder Personenkreisen, insbesondere den ursprünglichen Besitzern, deren Familien, oder auch den in derselben Flur Angesessenen, oder den Gemeindegenossen bestimmt. Daher gewährte man solchen „Näherberechtigten" gesetzlich ein Eintrittsrecht im Fall des Verkaufs der Grundstücke an Dritte.[4]

Nach diesem Vorbild kannte noch das Landrecht zahlreiche gesetzliche Vorkaufsrechte, wenn es auch einer allzugroßen Ausdehnung solcher Rechte nicht hold war.[5]

Die neuere Zeit suchte die Grundstücke in den freien Verkehr zu ziehen. Dies führte die Gesetzgebung dahin, die meisten gesetzlichen Vorkaufsrechte zu beseitigen.[6] [7]

---

1) Walch das Näherrecht 3. Aufl. 1795, Stobbe P. R. Bd. 2 § 88 ff.

2) Daher wird es auch vom Landrechte im zwanzigsten Titel des ersten Theiles §§ 568—657 behandelt und zwar unter der Ueberschrift „Vom Vorkaufs-, Näher- und Wiederkaufsrechte." Vgl. auch § 650.

3) Wesentlich verschieden ist das römische Vorkaufsrecht, welches aus Vertrag entstanden nur persönliche Ansprüche unter den Vertragschließenden begründete, l. 74 D. de contrah. emt. 18, 1.

4) Es gehörte hierher die Erblosung, der Lehnsretrakt, der gutsherrliche Retrakt, die Familienlosung, die Nachbarlosung, das Näherrecht aus dem Miteigenthum u. s. f.

5) Schon das L. R. schränkte das Vorkaufsrecht ein und verwarf eine allgemeine Nachbarlosung — vgl. jedoch I, 20 § 651 — und ein allgemein gesetzliches Vorkaufsrecht wegen bloßer Familienverbindung — retractus gentilicius — II, 4 § 227.

6) Das Edikt vom 9. Oktober 1807 hob in § 3 eine große Anzahl gesetzlicher Vorkaufsrechte auf, insbesondere das auf Familiengüter. Es erhielt an Grundstücken nur die gesetzlichen Vorkaufsrechte des Lehnsobereigenthümers, Erbzinsherrn, Erbverpächters, Miteigenthümers, und dasjenige wegen eingeschlossener und vermischter Lage. Das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 2 Ziff. 6, § 4 beseitigte endlich alle gesetzlichen Vorkaufsrechte an Grundstücken außer demjenigen des Miteigenthümers und demjenigen aus Anlaß der Enteignung. — Durch Rechtsgeschäfte können Vor-

Gesetzliche Vorkaufsrechte haben an Grundstücken nur noch **Miteigenthümer**, welchen eine Sache nach ideellen Antheilen zusammen gehört,[8] ferner der **Enteignete**, wenn die ihm enteigneten Theile seines Grundstückes ganz oder theilweise veräußert werden, nachdem sie aufgehört haben, den Zwecken der Enteignung zu dienen.[9] [10]

---

kaufsrechte zum Besten von Familiengenossen unter Lebenden, wie von Todeswegen noch jetzt begründet werden, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1026.

7) Auch die gesetzlichen Vorkaufsrechte an **beweglichen Sachen** sind in Folge der neueren Gesetzgebung sehr eingeschränkt. Namentlich beseitigte das A. B. G. vom 24. Juni 1865 § 244 das Vorkaufsrecht des Fiskus auf das in Privatbergwerken gewonnene Gold und Silber, L. R. II, 16 § 95, sowie das der Gewerken auf das nöthige Holz, L. R. II, 16 § 111; das deutsche Handelsgesetzbuch hob Art. 470 Abs. 2 das Vorkaufsrecht der Mitrheder beim Verkauf von Schiffsparten auf. Das Vorkaufsrecht der Zehntpflichtigen im Fall des Verkaufes des Zehntrechtes nach L. R. II, 11 § 914 besteht noch, denn das Zehntrecht ist keine Immobilie.

8) L. R. I, 17 § 61 ff., oben § 223 bei Anm. 18 ff. und Anm. 19, sowie unten § 381 im Text vor Anm. 10. Die Gewerken haben im Falle der Veräußerung eines immobiliaren Kuxes durch den Mitgewerken dieses Recht nicht. L. R. II, 16 § 322, Berggesetz § 104. Vgl. oben § 268 Anm. 10.

9) Dieses Vorkaufsrecht war gegenüber den Eisenbahnen eingeführt worden durch das Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 § 16 ff.; das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 § 4 erkannte es für alle Enteignungsfälle an, desgleichen das Grundenteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 57 Abs. 2 und 3. Ausdrücklich hat dasselbe auch das Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 141 für die zu den Zwecken des Bergbaues enteigneten Grundstücke dem zeitigen Eigenthümer des verkleinerten Grundstücks vorbehalten. — Diesem Vorkaufsrechte unterliegen auch durch **freien Vertrag** erworbene Grundstücke, wenn dem Käufer **das Recht, sie zu enteignen, zustand**. Vgl. aber oben § 34 Anm. 47. Zweifelhaft kann die Frage werden, ob ein enteignetes Grundstück als Theil eines anderen anzusehen ist. Das entscheidende Merkmal darf nur darin gesucht werden, daß der Eigenthümer das enteignete Grundstück zur Zeit der Enteignung als ein mit einem anderen verbundenes Ganzes behandelte. Die räumliche Zusammengehörigkeit allein kann nicht entscheiden. Ein gewichtiges Anzeichen für die Absicht des Eigenthümers, die Grundstücke als ein Ganzes zu behandeln, ist die Verbindung unter **einem** Namen, oder die Zuschreibung als Zubehör auf dem Grundbuchblatte. Vgl. Klostermann Bergrecht S. 308. Wie, wenn das verbleibende Grundstück körperlich getheilt wird? Manche behaupten, daß in diesem Falle das Vorkaufsrecht erlösche, Andere — Klostermann a. a. O. S. 308 — daß es jedem Besitzer der Trennstücke nach Verhältniß seines Antheiles zustehe. Wir nehmen an, daß die Besitzer der Trennstücke das Vorkaufsrecht nur insgesammt in Anspruch nehmen können; ebenso O. Trib. Entsch. Bd. 79 S. 166 ff. — Der Enteignete hatte, wie ein Vorkaufsrecht, so ein Wiederkaufsrecht für den ursprünglichen Preis, wenn er die Entbehrlichkeit des enteigneten Grundstückes für die Zwecke der Enteignung nachweisen konnte. Dies hat das Grundenteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 § 57 Abs. 1 aufgehoben, es wurde damit mittelbar auch das Wiederkaufsrecht des Berggesetzes § 141 beseitigt, welches durch Bezugnahme auf die ältere Gesetzgebung über die Enteignung der Eisenbahnen bestimmt worden war. Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 259. Die Aufhebung hat gemäß der unzweideutigen Absicht des Enteignungsgesetzes rückwirkende Kraft auch für die vor dem Inkrafttreten des Enteignungsgesetzes stattgehabten Enteignungsfälle. Ebenso Entsch. des O. Trib. Bd. 79 S. 52.

10) Erhält sich das Vorkaufsrecht, wenn derjenige, dem es gesetzlich zustand, sich dasselbe seiner Zeit noch besonders durch Vertrag ausbedungen hatte, dies gesetzliche Vorkaufsrecht später aber aufgehoben wurde? Die Frage dreht sich darum, ob der Vertrag nur aufzufassen ist als **Bestätigung** des gesetzlichen Anspruches, oder als hinzutretende selbständige **neue Grundlage**. Das letztere ist möglich und im

Gesetzliche Vorkaufsrechte bedürfen der Eintragung im Grundbuche nicht.[11]

2. Das deutsche Recht hatte vertragsmäßigen Vorkaufsrechten nach dem Vorbilde der gesetzlichen Näherrechte dingliche Natur gegeben. Hieran schloß sich das Landrecht durch die Vorschrift an, daß das an unbeweglichen Sachen durch Rechtsgeschäfte bewilligte Vorkaufsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes durch Eintragung im Hypothekenbuche erlange, und daß es zu solcher Eintragung besonderer Bewilligung des Eigenthümers nicht bedürfe, wenn das Recht nur gültig bestellt und gehörig beglaubigt wäre.[12] [13] Nach jetzigem Grundbuchrechte genügt die Vereinbarung des Vorkaufsrechts dem Grundbuchrichter zur Eintragung nicht. Diese fordert vielmehr derzeit Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers.[14] Aber der Vorkaufsberechtigte kann dieselbe von ihm auf Grund des Vertrags im Wege der Klage erzwingen, wenn das Vorkaufsrecht, wie im Zweifel anzunehmen ist, dinglich sein sollte.

Entsprechend sind letztwillige Vorkaufsrechte zu behandeln.

An beweglichen Sachen können vertragsmäßige oder letztwillige Vorkaufsrechte mit dinglicher Wirkung nicht bestellt werden.[15]

3. Das Vorkaufsrecht ist, entsprechend dem älteren deutschen Rechte über das Näherrecht, nicht abtretbar,[16] es sei denn an andere Vorkaufsberechtigte. Auf Willenserklärungen beruhende Vorkaufsrechte ferner sind nur dann vererblich, wenn sie auch auf die Person des Erben gestellt wurden.[17] Unbedingt vererbt aber wird das durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten im gegebenen Fall bereits erworbene Recht auf Eintritt in den Kauf.[18]

Zweifel anzunehmen, da sonst die Vereinbarung bedeutungslos gewesen wäre. So Plenarbeschluß des O. Trib. vom 5. Mai 1860, Entsch. Bd. 42 S. 1 ff. Nicht im Widerspruch steht R. G. Bd. 5 S. 224. A. Ansicht Eccius Bd. 1 § 10 Anm. 7, Bd. 3 § 189 Anm. 26.

11) E. E. Gesetz § 12, oben § 275 bei Ziff. 2.

12) L. R. I, 20 §§ 570, 571, über § 630 vgl. unten § 381 Anm. 18.

13) Die Eintragung eines Vorkaufsrechtes vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 2. März 1850 im Grundbuche überhebt den Eingetragenen nicht des Nachweises, daß es sich auf Vertrag oder einen noch jetzt gesetzlich anerkannten Titel stützt. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 216.

14) E. E. Gesetz § 13, oben § 197 bei Ziff. 3 und 4.

15) L. R. I, 20 § 572.

16) L. R. I, 20 §§ 594, 595, vgl. R. G. Bd. 10 S. 222. Vgl. Beseler a. a. O. § 107 Anm. 2 und dort citirte Statuten. Glück Bd. 16 S. 195 ff. Aeltere Schriftsteller und Gesetze forderten vielfach im Falle des Verdachtes, daß der Näherberechtigte sein Recht in der Absicht ausübe, die Sache einem Anderen zuzuwenden, einen Reinigungseid. Vgl. auch Preuß. L. R. von 1721 p. II, Bd. 4 Tit. 7 art. V § 22. L. R. I, 20 § 595 beläßt es bei der gewöhnlichen Eideszuschiebung.

17) L. R. I, 20 § 596. I, 11 § 314. Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten. Vgl. Glück Bd. 16 S. 194.

18) Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 82.

Das Vorkaufsrecht kann auch als subjektiv dingliches Recht bestellt werden und geht dann natürlich auf den Erwerber des berechtigten Gutes über.[19]

4. Unter mehreren vertragsmäßigen dinglichen Vorkaufsrechten bestimmt die Reihenfolge der Eintragungen den Vorzug. Finden sich daneben gesetzliche Vorkaufsrechte, so giebt das Alter den Vorzug.[20] Unter Gleichberechtigten entscheidet die Wahl des Verkäufers, in deren Ermangelung das Loos.[21]

5. Das Vorkaufsrecht erlischt durch Entsagung bald für immer, bald nur für den einzelnen Kauffall.[22]

6. Das in das Grundbuch eingetragene Vorkaufsrecht als solches kann nicht durch Verjährung erlöschen; verjähren kann aber die einzelne, aus einem vorgekommenen Verkaufe entspringende Befugniß, in das Kaufgeschäft einzutreten.[23]

7. Das Bestehen eines Verkaufsrechtes steht der Auflassung des Grundstücks an Käufer nicht entgegen. Der Käufer aber unterliegt ihm trotz der Auflassung.

§ 381. Voraussetzungen, Wirkungen des Eintrittsrechtes.

1. Das Vorkaufsrecht setzt zu seinem Eintritte voraus, Verkauf der mit dem Vorkaufsrecht belasteten Sache, und zwar unter Bedingungen, welche der Vorkaufsberechtigte so gut wie der Käufer erfüllen kann. Auch im Fall der Zwangsversteigerung tritt es ein.[1]

19) Z. B. ein Grundbesitzer veräußert Trennstücke, um sich einen Stamm von Arbeitern zu schaffen, welche ihre Arbeitskraft seinem Gute widmen, und behält diesem Gute das Vorkaufsrecht vor. Vgl. unten § 381 Anm. 11.

20) L. R. I, 20 § 587 kann nicht mehr als geltend angesehen werden.

21) L. R. I, 20 § 589 ff., § 590 ist nach E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 17 — oben § 200 Anm. 2 — anzuwenden.

22) Eine derartige Entsagung für den bezüglichen Fall liegt darin, daß der Verkaufsberechtigte beim Verkauf mitwirkte, z. B. als Makler. Das Obertribunal hat in einem solchen Falle — Entsch. Bd. 45 S. 47 ff. — wenigstens eine exceptio für zulässig erachtet.

23) L. R. I, 20 §§ 647. 648.

1) L. R. I, 20 § 615 ff. R. G. Bd. 4 S. 233. Nach dem Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 67 Abs. 1 sind Vorkaufsrechte bei der Zwangsvollstreckung im Versteigerungstermine vor Schluß der Versteigerung geltend zu machen. Die Abgabe weiterer Gebote ist nach Geltendmachung des Vorkaufsrechtes nicht ausgeschlossen. Demnach unterliegt der Hypothekengläubiger, welcher zwar den Betrag der voreingetragenen Posten, nicht aber den der eigenen Post bot, nicht mehr der Gefahr, daß der Vorkaufsberechtigte ihm das Grundstück für ein solches Gebot entzieht, denn er kann nunmehr nach dessen Erklärung weiter bieten. Ueber das frühere Recht vgl. R. G. Bd. 4 S. 230. Vom Vorkaufsberechtigten kann wie von gewöhnlichen Bietern Sicherheit gefordert werden. Vgl. noch über die Stellung des Vorkaufsberechtigten § 51 Abs. 4 des angeführten Gesetzes, über dem betreibenden Gläubiger nachstehende Vorkaufsrechte § 60 Abs. 1 a. a. O. siehe oben § 328 bei Anm. 17 und 18, über gesetzliche Vorkaufsrechte vgl. Anm. 16 daselbst.

Häufig hat in Folge des Verkehrslebens oder auch, weil man die Ausübung des Vorkaufsrechtes absichtlich verhindern wollte, das Geschäft eine derartige Gestalt, daß Rechtsbedenken über das Bestehen der Voraussetzungen des Vorkaufsrechtes entstehen. Im Zweifel ist die Vermuthung gegen einen Kauf.[2]

Selbstverständlich ist, daß Schenkungen und letztwillige Zuwendungen, selbst wenn Auflagen an sie geknüpft waren, dem Kaufe nicht gleich stehen. Gleiches gilt vom Tausche.[3] Hingabe an Zahlungsstatt für eine Geldschuld wird dagegen wie Kauf behandelt.[4] Daß der Verkauf ein s. g. Freundschaftskauf war, d. h. hervorgegangen aus Zuneigung zur Person des Käufers, hindert das Vorkaufsrecht nicht;[5] aber das um deswillen etwa am Preise nachweislich Gekürzte hat der Vorkaufsberechtigte ohne Zweifel nachzuzahlen. Das Vorkaufsrecht tritt richtiger Ansicht nach auch beim Verkaufe körperlicher wie ideeller Theile der ihm unterliegenden Sache ein,[6] denn das Recht auf das Ganze erstreckt sich auch auf dessen Theile. Dagegen bezieht es sich nicht auf den Verkauf einzelner Nutzungen, z. B. des im Grundstücke vorhandenen Torfes.[7] Wurde die dem Vorkaufsrecht unterliegende Sache mit anderen Gegenständen für einen Gesammtpreis verkauft, so kann der Verkaufsberechtigte jene Sache für einen verhältnißmäßigen Theil des Preises beanspruchen; der Käufer darf indessen seinerseits fordern, daß der Vorkaufsberechtigte entweder in den ganzen Kauf eintrete oder von seinem Rechte abstehe.[8] [9]

---

2) L. R. I, 20 § 577.

3) Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten, vgl. Glück Bd. 16 S. 159, dagegen L. R. I, 20 § 575.

4) L. R. I, 20 § 576.

5) L. R. I, 20 § 585. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller sind getheilt, Glück Bd. 16 S. 166.

6) A. Ansicht Striethorst Archiv Bd. 1 S. 273. Gegen diese Entscheidung auch Eccius Bd. 3 § 189 Anm. 31.

7) L. R. I, 20 § 576 erkennt allerdings das Vorkaufsrecht an bei jeder Veräußerung „des zum Eigenthum gehörigen Nutzungsrechtes". Hierbei ist aber an eine bleibende Veräußerung des vollen Nutzungsrechtes, z. B. durch Erbpacht, gedacht, wie sie jetzt gesetzlich ausgeschlossen ist, oben § 182 bei Anm. 10. Vgl. auch Striethorst Archiv Bd. 29 S. 226. — Das Vorkaufsrecht tritt auch im Fall des Verkaufs gegen eine unablösbare Rente ein.

8) L. R. I, 20 § 607 schreibt vor: „Ist die mit dem Vorkaufsrechte belastete Sache mit einer anderen für denselben Preis verkauft worden, so muß sich der Vorkaufsberechtigte auch diese Bedingung gefallen lassen, oder vom Vorkaufe abstehen." Daraus folgt nicht, wie das O. Trib. Entsch. Bd. 34 S. 156 behauptet, daß der Vorkaufsberechtigte die Abtretung des Ganzen fordern könne, womit das Vorkaufsrecht ohne durchschlagenden Grund auf Gegenstände erstreckt würde, die ihm an sich nicht unterworfen waren. Vgl. hiergegen Koch Komm. zu L. R. I, 20 § 607. Mit Recht verweist Koch auch auf die Geschichte dieser Bestimmung. Denn unter den älteren Juristen war streitig, ob das Vorkaufsrecht im Falle des Mengekaufes ganz ausgeschlossen sei. Dies verwarf die Mehrzahl der Schriftsteller, indem man dem Käufer nur freistellte, zu fordern, daß ihm das Ganze vom Vorkaufsberechtigten abge-

War der Kauf anfechtbar, so hat zwar der Vorkaufsberechtigte das Recht, an die Stelle des Käufers zu rücken, unterliegt aber gleicher Anfechtung wie dieser.[10]

Das Vorkaufsrecht kann ein einmaliges oder ein fortgesetztes sein. Im ersten Falle kann es nur auf Grund des ersteintretenden Verkaufes ausgeübt werden und erlischt, wenn es der Berechtigte damals nicht ausübte, sei es freiwillig, sei es gesetzlich behindert. Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Enteigneten ist ein einmaliges. Im Falle fortgesetzten Vorkaufsrechtes erneuert sich die Befugniß bei jedem späteren Verkaufe.[11]

2. Der Verkäufer der belasteten Sache ist schuldig, dem Vorkaufsberechtigten den erfolgten Verkauf und dessen gesammten Inhalt bekannt zu machen; handelt es sich um ein dingliches Vorkaufsrecht, so muß dies gerichtlich — jetzt auch durch den Gerichtsvollzieher — oder notariell geschehen,[12] beim persönlichen Vorkaufsrecht genügt private Anzeige.[13] Der Vorkaufsberechtigte hat sich, falls ein dingliches Vorkaufsrecht an einem Grundstücke in Frage steht, binnen 2 Monaten nach der Anzeige über den Eintritt zu erklären, in anderen Fällen binnen der Vertrags-Annahmefristen.[14] Unterblieb die Anzeige, so erhält sich sein Eintrittsrecht bis zum Ablaufe der Verjährung. Dieselbe läuft, wenn es sich um ein dem Vorkauf unterworfenes Grundstück handelt, von dem Augenblick an, in welchem dasselbe auf den Käufer im Grundbuch überschrieben wird.[15]

---

nommen werde. Glück Bd. 16 S. 184. Anderer Ansicht ist Eccius Bd. 3 § 189 Anm. 37 gegen Förster.

9) Das Vorkaufsrecht fällt weg, wenn der Eigenthümer — per modum anticipatae successionis — an seinen nächsten oder einen seiner nächsten gesetzlichen Erben verkaufte. Vgl. L. R. I, 20 § 584, Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 226. Gleiches gilt nach dem Grunde des Gesetzes zu Gunsten des Ehegatten, welchem gemäß ehelichen Güterrechts die vom Ehegatten gekaufte Sache nach dessen Tode angefallen wäre, Koch zu § 584. — Das Vorkaufsrecht tritt ferner nicht ein, wenn der Käufer Hauptverpflichtungen übernahm, welche kein Anderer erfüllen kann, während dann, wenn solche Verpflichtungen nur nebensächlich waren, vom Vorkaufsberechtigten ihr Geldwerth zu leisten ist. Vgl. L. R. I, 20 § 578 ff. Was zur einen oder anderen Art zu rechnen ist, hat das richterliche Ermessen im Einzelfalle zu entscheiden.

10) Im Falle eines nichtigen, z. B. simulirten Verkaufes hat dagegen das Vorrecht keine Grundlage. Striethorst Archiv Bd. 23 S. 260, Entsch. des O. Trib. Bd. 54 S. 183 ff.

11) L. R. I, 20 § 586. Ist das Vorkaufsrecht ein fortgesetztes, so hat der Vorkaufsberechtigte, wenn der erste Käufer weiter verkauft, die Wahl, ob er den ersten oder den zweiten Verkauf seinem Rechte zu Grunde legen will. L. R. I, 20 § 635 ff.

12) L. R. I, 20 § 611. Ueber Ediktalladungen siehe § 612 ff., § 1 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zur R. C. P. O. vom 24. März 1879, vgl. R. C. P. O. §§ 187, 189, Eccius Bd. 3 § 189 Anm. 44.

13) L. R. I, 20 § 608.

14) L. R. I, 20 §§ 610. 609. Ueber die Berechnung dieser Frist vgl. R. G. Bd. 4 S. 305.

Das Eintrittsrecht des Vorkaufsberechtigten wird ihm endgültig erst erworben, wenn er auf Grund der gedachten Bekanntmachung erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Ehe dies geschieht, können die Verkaufschließenden durch Rücktritt vom Geschäft das Eintrittsrecht vereiteln.[16] Dies ist indessen von dem Augenblick an nicht mehr zulässig, in welchem dem Käufer die dem Vorkaufsrechte unterworfene Sache aufgelassen wird.[17]

Die Erklärung des Eintrittes ist für den andern Theil unverbindlich, wenn sie in der Absicht geschah, die erworbene Sache einem nicht vorkaufsberechtigten Dritten, mit dem sich der Vorkaufsberechtigte verständigt hat, abzulassen.[18]

3. Wer nur ein persönliches Vorkaufsrecht hat, kann, wenn er sich entschließt, dasselbe auszuüben, nur vom Verkäufer und seinen Erben die Uebereignung der Kaufsache, und soweit dies nicht mehr thunlich ist, Schadensersatz fordern.[19] Der dinglich Vorkaufsberechtigte dagegen hat eine dingliche Klage gegen den Sacheigenthümer als solchen. Dieser Anspruch geht auf Uebereignung des Grundstückes durch Auflassung gegen gleichzeitige Erstattung alles dessen, was der beklagte Käufer für dasselbe zu leisten hatte.[20] [21] Abschluß eines Kaufvertrags kann der Vorkaufsberechtigte

---

15) L. R. I, 20 §§ 646. 647. Die Ueberschreibung ist den aus dem Grundbuch ersichtlichen Vorkaufsberechtigten durch den Grundbuchrichter bekannt zu machen, G. B. O. § 57.

16) L. R. I, 20 § 618. Vgl. hierzu die Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 335 ff. Nach L. R. I, 20 § 620 können die Vertragschließenden bereits nach der Bekanntmachung an den Berechtigten die Bedingungen des Vertrages zu dessen Nachtheil nicht mehr ändern. Entsch. des O. Trib. Bd. 78 S. 219.

17) Gemeinrechtlich ist sehr streitig, mit welchem Augenblicke sich das Recht des Vorkaufsberechtigten vollendet. Vorkaufsrecht im römischen Sinne würde perfekt werden mit dem Abschlusse des Verkaufes. Der Gedanke des Retraktrechtes aber führt dazu, daß das Eintrittsrecht erst mit der Erklärung des Vorkaufsberechtigten erworben wird. Vgl. Pufendorf tom. III obs. 40 § V, dazu Walch Näherrecht S. 281.

18) L. R. I, 20 § 595. Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 54 und oben § 380 bei Anm. 16.

19) Vgl. L. R. I, 20 § 626 ff. L. R. I, 20 § 629 bestimmt: „Die Erben desjenigen, welcher das persönliche Vorkaufsrecht eingeräumt hatte, haften bei einem von ihnen selbst ohne Bekanntmachung geschehenen Verkaufe dem Berechtigten nur in sofern, als sie einer Wissenschaft von der durch den Erblasser ihm eingeräumte Befugniß überführt werden können." Das Recht zur Sache — vgl. § 630 — verhaftet den Käufer nach der Auflassung nicht mehr, E. E. Ges. § 4, oben § 185 bei Ziff. 1.

20) Die Kosten des Verkaufes und der Auflassung an den ersten Käufer, sowie etwaige andere Besitzveränderungsabgaben muß der Vorkaufsberechtigte dem Käufer nicht erstatten, weil man seine Erklärung vor der Vornahme jener Geschäfte hätte einholen können. L. R. I, 20 § 633.

21) Hat der Verkäufer dem ersten Käufer ohne Sicherheit kreditirt, so kann er gleichwohl vom Vorkaufsberechtigten Sicherheit fordern.

richtiger Ansicht nach nicht fordern, auch hat er nicht die Rechte eines gewöhnlichen Käufers wegen Entwährung oder verborgener Mängel.[22]

Der Vorkaufsberechtigte, welcher die Sache, nachdem er sich für die Ausübung des Vorkaufsrechtes erklärt hat, dem Verkäufer nicht unter Erstattung des Kaufpreises abnimmt, wird diesem für allen Schaden verantwortlich, falls der Käufer zurücktritt.[23]

4. Der Käufer ist, wenn er auch das Vorkaufsrecht und die Nichtanzeige des Verkaufes an den Berechtigten kannte, nicht unredlicher Besitzer.[24] Jedoch haftet er dem Vorkaufsberechtigten für mäßiges Versehen[25], und hat wegen Verbesserungen nur die Stellung eines unrechtfertigen Besitzers.[26] Die Nutzungen gewinnt er noch. Die Obliegenheiten des unredlichen Besitzers, insbesondere die Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen übernimmt der Besitzer erst, wenn der Vorkaufsberechtigte ihm gerichtlich erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, und zugleich Zahlung anbietet.[27]

In ähnlicher Weise wie das dingliche Vorkaufsrecht ist ein dingliches Wiederkaufsrecht zu behandeln.[28] [29]

---

22) Einen Vertragschluß verlangt das Obertribunal, Entsch. Bd. 39 S. 143. Dagegen auch Koch Kommentar zu L. R. I, 20 § 632.

23) So L. R. I, 20 §§ 623. 624. Auf Erfüllung des zwischen dem Verkäufer und seinem Abkäufer geschlossenen Kaufvertrags kann der Verkäufer dem Vorkaufsberechtigten gegenüber richtiger Ansicht nach nicht bestehen, da zwischen diesen beiden ein Vertrag nicht zu Stande kommt, vgl. oben Anm. 22. A. Ansicht Koch zu L. R. I, 20 § 624.

24) L. R. I, 20 § 639 ff. Der Entwurf des Gesetzbuches achtete den Käufer, welcher das Vorkaufsrecht kannte und keine Anzeige veranlaßte, dem unredlichen Besitzer gleich. Dagegen Suarez in Kamptz Jahrbuch Bd. 41 S. 61.

25) L. R. I, 20 § 641 ff. Geräth der Käufer in Verzug, so steigert sich die Haftung, vgl. § 642 daselbst.

26) Vgl. L. R. I, 20 §§ 639. 640, vgl. dazu § 612. I, 7 §§ 204 ff. 239.

27) So Glück Bd. 16 S. 188 ff. — Vgl. L. R. I, 20 §§ 642. 643, dort wird zwar das Erforderniß des Angebotes der Zahlung nicht hervorgehoben. Dasselbe ist gleichwohl, weil der Natur der Sache entsprechend, zu unterstellen. Entsch. des O. Trib. Bd. 14 S. 378 ist deshalb wohl nicht gerechtfertigt.

28) Das Wiederkaufsrecht hat allerdings an anderem Orte, nämlich L. R. I, 11 § 296 ff. seine Stelle, vgl. dort § 311. Wenn in § 308 a. a. O. die Ausübung des Wiederkaufes von Baarzahlung des Wiederkaufspreises abhängig gemacht wird, so ist dabei vorausgesetzt, daß der Wiederkaufsberechtigte den Kaufpreis bezahlt hat; nur für diesen Fall hat die Vorschrift Geltung, R. G. Bd. 5 S. 200.

29) Ueber die gleichfalls vom Wiederkaufsrecht handelnden §§ 314 bis 318 vgl. oben § 380 bei Anm. 17, über § 320 unten Bd. 2 § 51 Anm. 11 und über § 321 oben § 360 bei Anm. 2.

I. Sachregister.

(Abkürzungen: a. = Anmerkung, u. = und, s. = siehe, ff. = folgende. Die Zahlen bezeichnen die Seiten und die Anmerkungen, bei denen oder in denen auf der betreffenden Seite das Stichwort zu finden ist.)

A.

B.

C.

D.

E.

G.

J.

M.

Q.

R.

U.

V.

W.

II. Quellenregister.

1. Die wichtigsten Citate aus dem allgemeinen Landrecht.

Titel V.

Titel VI.

Titel VII.

Titel VIII.

---

2. Citate aus der Allgemeinen Gerichtsordnung.

3. Die übrigen Landesgesetze und die Bundes- und Reichsgesetze.

Abkürzungen: Dekl. = Deklaration; Ed. = Edikt; G. = Gesetz; Instr. = Instruktion; K.O. = Kabinetsordre; O. = Ordnung; Pat. = Patent; Publ.-Pat. = Publikations-Patent; Rec. = Receß; R. = Reskript; R.G. = Reichsgesetz; V. = Verordnung.

Nachträge und Berichtigungen.

S. 21 Anm. 12 statt 10. Juli 1869 lies: 10. Juli 1879.
S. 29 Anm. 1 Z. 6 v. o. statt abweichen lies: abweichenden.
S. 35 Anm. 5 Z. 2 v. u. statt 12. April 1803 lies: 1. April 1803.
S. 36 Anm. 9 Z. 1 v. o. statt Anm. 16 lies: Anm. 15.
S. 36 Anm. 10. Nach dem Gesetz vom 10. Juli 1879 (§ 47) treten die R.-Gesetze in den Konsularbezirken nach Ablauf von vier Monaten in Kraft.
S. 37 Anm. 3 Z. 1 v. o. statt § 17 lies: § 15.
S. 40 Anm. 4 Z. 5 v. o. statt prascripta lies: praescripta.
S. 50 Z. 1 v. o. statt erscheint lies: erscheinen.
S. 52 Anm. 2 Z. 7 v. u. statt 31. Mai 1839 lies: 31. März 1839.
S. 54 Anm. 10 Z. 7 v. u. statt 6. Februar 175 lies: 6. Februar 1875.
S. 54 Anm. 1 Z. 1 v. o. statt regis lies: regit.
S. 56 Anm. 7 Z. 4 v. u. statt 4. Juli 1732 lies: 4. Juli 1832.
S. 57 Anm. 5 Z. 1 v. o. statt Verordnung vom 30. Juni 1820 lies: Instruktion vom 30. Mai 1820.
S. 66 Anm. 5 Z. 2 v. u. statt 30. August 1883 lies: 30. Juli 1883.
S. 91 Anm. 1 Z. 1 v. o. lies: L.R. II, 9 §§ 37, 51.
S. 93 Anm. 8 Z. 4 v. o. lies: A.G.O. I, 10 § 227, Ziff. 7.
S. 95 Anm. 1 Z. 1 lies: L.R. I, 1 § 24.
S. 102 Anm. 17 Z. 2 v. o. statt 31. Januar 1860 lies: 31. Januar 1850.
S. 103 Anm. 18 statt § 19 lies: Art. 19.
S. 103 Anm. 25 Z. 1 v. o. statt 30. Mai 1847 lies: 30. März 1847.
S. 115 Anm. 12 Z. 2 v. o. statt 12. Juni 1753 lies: 21. Juni 1753.
S. 122 Anm. 6 Z. 2 v. o. statt 1. April 1779 lies: 1. April 1879.
S. 132 Anm. 7 Z. 1 v. o. statt Gigenthumserwerb lies: Eigenthumserwerb.
S. 132 Anm. 9 statt 15. Juli 1883 lies: 13. Juli 1883.
S. 147 Anm. 12 Z. 1 v. u. statt § 55 Anm. 13 lies: § 55 Anm. 14.
S. 153 Anm. 1 Z. 2 v. u. lies: A.G.O. I, 1 §§ 1—8.
S. 169 Anm. 4 Z. 1 v. o. lies: L.R. I, 16 §§ 410, 411.
S. 208 Z. 5 v. u. statt nach dem mündlichen Kontrakt lies: nach dem schriftlichen Kontrakt.
S. 217 Anm. 8 Z. 8 v. o. statt V.O. vom 5. Juli 1870 lies: V.O. vom 5. Juli 1875.
S. 223 Anm. 8 Z. 5 v. o. statt übergegangen lies: übergangen.
S. 262 Anm. 2 Z. 12 v. o. statt 29. Juli 1891 lies: 29. Juli 1890.
S. 338 Z. 7 v. u. statt erfolgen lies: erfolgt.
S. 405 Anm. 2 lies: L.R. I, 9 § 625.
S. 408 Anm. 10 lies: L.R. I, 9 § 648.
S. 490 Z. 9 v. o. statt 2. März 1840 lies: 2. März 1850.
S. 547 Z. 5 v. u. statt 31. Oktober 1849 lies: 31. Oktober 1848.
S. 554 Anm. 3 statt 1. Juni 1891 lies: 11. Juli 1891.
S. 601 Anm. 13 Z. 2 v. o. statt aber lies: über.
S. 625 Anm. 2 Z. 1 v. o. statt bestand lies: bestanden.
S. 797 Anm. 2 Z. 1 v. o. statt Hyp.-Ordnung von 1873 lies: Hyp.-Ordnung von 1783.
S. 804 Anm. 2 Z. 1 v. o. statt 20. Dezember 1873 lies: 20. Dezember 1783.
S. 833 Z. 6 v. u. statt vom eingetragenen lies: vom 5. Mai 1872 eingetragenen.
S. 888 Z. 10 v. u. statt an deren lies: an den.
S. 906 Anm. 9 Z. 2 v. u. statt 6. Mai 1879 lies: 6. März 1879.
S. 920 Z. 14 v. u. statt nach 3 Monaten lies: nach 3 Wochen.
S. 928 Anm. 15 statt Art. 421 des H.G.B. lies: Art. 411 des H.G.B.
S. 954 statt Anm. 8, 9, 10, 11 lies: Anm. 9, 10, 11, 12.
S. 956 Anm. 3 lies: L.R. II, 4 § 71.

Halle a. S., Buchdruckerei des Waisenhauses.

Dernburg, Dr. Heinrich, Geh. Justizrath, Professor an der Universität Berlin, Mitglied des Herrenhauses, **Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs.** In drei Bänden.
II. Band. Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht. Vierte, neu bearbeitete Auflage. 1889. gr. 8. (XVI u. 1060 S.) geh. M. 15, in elegantem Halbfranzband M. 17,25.
III. Band. Das Familienrecht und das Erbrecht. (Vergriffen und neue Auflage in Vorbereitung.)

— — **Carl Georg von Wächter.** Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft Berlins. 1880. gr. 8. (19 S.) geh. M. 0,30.

— — **Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts.** Festschrift zum fünfzigjährigen Stiftungsfest der Universität Zürich. 1883. gr. 8. (VIII u. 70 S.) geh. M. 1,20.

— — **Thomasius und die Stiftung der Universität Halle.** Rede, gehalten beim Antritt des Rectorats der Universität Halle-Wittenberg am 12. Juli 1865. 1865. 8. (35 S.) geh. M. 0,50.

— — **Die Institutionen des Gajus,** ein Collegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt. Festschrift. Mit einem lithographirten Plan. 1869. gr. 8. (X u. 132 S.) geh. M. 2.

Bernhöft, Dr. F., Professor, **Der Besitztitel im Römischen Recht.** 1875. (IV u. 108 S.) geh. M. 2.

Boretius, Dr. Alfred, Professor, **Die Capitularien im Langobardenreich.** Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung. 1864. gr. 8. (XIV u. 195 S.) geh. M. 2,50.

Eck, Dr. Ernst, Professor, **Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums** nach Römischem und gemeinem Deutschen Recht. Festschrift im Auftrage der Juristen-Fakultät Halle-Wittenberg. 1874. gr. 8. (43 S.) geh. M. 1.

Fitting, Dr. Herm., ord. Prof. der Rechte in Halle, **Das Castrense Peculium** in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. 1871. gr. 8. (XLVIII u. 672 S.) geh. M. 12.

— — **Glosse zu den Exceptiones legum Romanorum des Petrus.** Aus einer Prager Handschrift zum ersten Mal herausgegeben und eingeleitet. 1874. gr. 8. geh. M. 1,50.

— — **Ueber die sogenannte Turiner Institutionenglosse** und den sogenannten Brachylogus. Ein Beitrag zu der Geschichte des römischen Rechtes vom sechsten bis zum eilften Jahrhundert. 1870. gr. 8. (103 S.) geh. M. 1,80.

— — **Zur Geschichte der Rechtswissenschaft** am Anfange des Mittelalters. Rede zum Antritte des Rectorates. 1875. Lex. 8. (28 S.) geh. M. 1.

— — **Juristische Schriften des früheren Mittelalters.** Aus Handschriften meist zum ersten Mal herausgegeben und erörtert. 1876. gr. 8. (VI u. 228 S.) geh. M. 5.

Friedberg, Dr. Emil, Professor, **Die evangelische und katholische Kirche der neu einverleibten Länder** in ihren Beziehungen zur Preußischen Landeskirche und zum Staate. 1867. gr. 8. (IV u. 104 S.) geh. M. 1,20.

— — **Aus deutschen Bußbüchern.** Ein Beitrag zur deutschen Culturgeschichte. 1868. 8. (IV u. 104 S.) geh. M. 1

Göppert, Dr., **Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum** nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht. 1864. gr. 8. (IV u. 161 S.) geh. M. 2.

— — ord. Prof. des Rechts an der Königl. Universität zu Breslau, **Ueber die organischen Erzeugnisse.** Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht. 1869. gr. 8. (VIII u. 408 S.) geh. M. 6.

— — **Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt-Sachen** nach römischem Recht. 1871. gr. 8. (VIII u. 114 S.) geh. M. 1,50.

Leonhard, Rudolf, Professor, **Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der successio graduum vor dem Accrescenzrechte** nach römischem Rechte. Eine Gelegenheitsschrift. 1874. gr. 8. (38 S.) geh. M. 1.

Neumann, Max, Dr. jur. utr., Privatdozent für deutsches Recht und Civilproceß an der Universität Breslau, **Geschichte des Wuchers in Deutschland** bis zur Begründung der heutigen Zinsengesetze (1654). Nach handschriftlichen und gedruckten Quellen. 1865. gr. 8. (XVI u. 638 S.) geh. M. 8.

Pernice, Dr. Alfred, Professor in Berlin, **Marcus Antistius Labeo.** Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Erster Band. 1873. gr. 8. (X u. 518 S.) geh. M. 9.

Pernice, Herbert, Dr. jur. et phil., **Miscellanea** zu Rechtsgeschichte und Texteskritik. I. 1870. gr. 8. (175 S.) geh. M. 2,40.

— — **Die Verfassungsrechte** der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder der österreichisch-ungarischen Monarchie. Rechtshistorische Beiträge. Erstes Heft. 1872. gr. 8. (X u. 184 S.) geh. M. 3.

Phillips, Dr. G. J., a. ö. Professor der Rechte zu Königsberg. **Das Regalienrecht in Frankreich.** Ein Beitrag zur Geschichte des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche. 1873. (VI u. 452 S.) geh. M. 7,50.

Schmoller, Gustav, **Zur Geschichte der deutschen Kleingewerbe im 19. Jahrhundert.** Statistische und nationalökonomische Untersuchungen. 1870. 8. (XVI u. 704 S.) geh. M. 6.

Schulze, Dr. Hermann, ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau, Mitglied des Herrenhauses und Kronsyndikus, **Das Erb- und Familienrecht der deutschen Dynastien des Mittelalters.** Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Fürstenrechts. 1871. gr. 8. (XI u. 127 S.) geh. M. 2.

Sickel, Dr. Wilhelm, Professor, **Die Bestrafung des Vertragsbruches** und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland. 1876. gr. 8. (2 Bl. u. 182 S.) geh. M. 4.

— — **Geschichte der deutschen Staatsverfassung** bis zur Begründung des constitutionellen Staats. In drei Abtheilungen.

I. Abtheilung. Der deutsche Freistaat. 1879. gr. 8. (VIII u. 205 S.) geh. M. 3,60.

Thümmel, Otto, Appellationsgerichts-Rath, **Die Errichtung des letzten Willens** nach Preußischem Recht. Ein Handbuch für den instrumentirenden Richter. 1865. (VIII u. 305 S.) geh. M. 4,50.

Ziebarth, Karl, **Die Realexecution und die Obligation.** Mit besonderer Rücksicht auf die **Miethe** erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preußischen. 1866. gr. 8. (VIII u. 327 S.) geh. M. 4,50.

Halle a. S., Buchdruckerei des Waisenhauses.

Dernburg, Heinrich,

Lehrbuch des preußischen Privatrechts

Bd.: 1

1894